

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ana Maria Soster Bortolotto

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ARQUITETO SERVIDOR PÚBLICO
DECORRENTE DE EVENTO DANOSO EM OBRA PÚBLICA**

Florianópolis/SC
2016

Ana Maria Soster Bortolotto

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ARQUITETO SERVIDOR PÚBLICO
DECORRENTE DE EVENTO DANOSO EM OBRA PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito

Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati

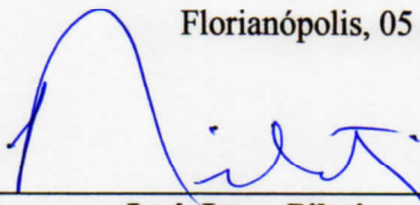
Florianópolis
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

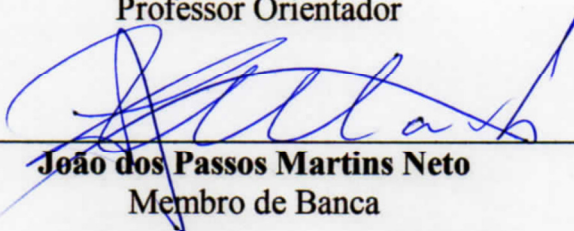
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A responsabilidade civil do arquiteto servidor público decorrente de evento danoso em obra pública**”, elaborado pela acadêmica **Ana Maria Soster Bortolotto**, defendido em 05/12/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

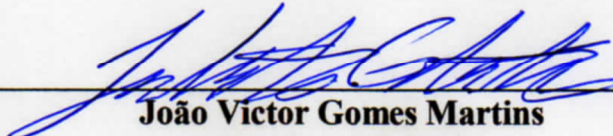
Florianópolis, 05 de dezembro de 2016



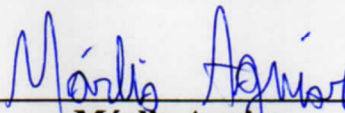
José Isaac Pilati
Professor Orientador



João dos Passos Martins Neto
Membro de Banca



João Victor Gomes Martins
Membro de Banca



Márlis Aguiar
Membro de Banca



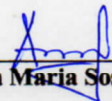
Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Ana Maria Soster Bortolotto
RG: 1.765.079
CPF: 371.280.510-15
Matrícula: 12106348
Título do TCC: **A responsabilidade civil do arquiteto servidor público decorrente de evento danoso em obra pública**
Orientador: Prof. José Isaac Pilati

Eu, **Ana Maria Soster Bortolotto**, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 05 de dezembro de 2016.



Ana Maria Soster Bortolotto

RESUMO

A construção civil constitui uma atividade de risco, que frequentemente ocasiona acidentes e danos aos trabalhadores, aos vizinhos e a terceiros durante a execução da obra ou posteriormente, quando de seu uso. Vários são os estudos visando à prevenção de danos ou sua adequada reparação aos prejudicados. O arquiteto é um dos profissionais que atuam na equipe de construção, seja concebendo o projeto arquitetônico ou fiscalizando sua execução, visando o resultado, a obra pronta e acabada, adequada às normas técnicas e legais que regulamentam a construção civil. É profissional técnico, com graduação em curso superior e possui a peculiaridade de responsabilizar-se por eventuais danos e falhas técnicas, através de RRT – Registro de Responsabilidade Técnica específico de cada trabalho efetuado. Na presente pesquisa foi abordada a responsabilidade civil do arquiteto servidor público decorrente de evento danoso em obra pública. A hipótese inicial era que o arquiteto servidor público possui responsabilidade subjetiva em relação a eventuais danos decorrentes de sua atividade (responde por culpa – imprudência, negligência ou imperícia-, ou dolo). Já o órgão da Administração Pública ao qual é vinculado, responde objetivamente por qualquer dano a terceiros (baseado no risco da atividade administrativa). A metodologia utilizada no presente estudo foi pesquisa bibliográfica de doutrina e legislação que exploram o tema. Ressalta-se que os resultados encontrados são limitados, pois a pesquisa foi limitada a alguns autores que tratam do tema da responsabilidade civil. A hipótese foi confirmada e descobrimos ainda controvérsia doutrinária e jurisprudencial no caso de o prejudicado demandar unicamente a Administração (e possibilidade de denúncia da lide).

Palavras-chave: Responsabilidade civil; arquiteto; servidor público; dano; responsabilidade civil subjetiva; responsabilidade civil do Estado; responsabilidade civil objetiva; construção civil; obra pública; ação regressiva.

ABSTRACT

Civil construction is a risky activity, which often causes accidents and damages to workers, to the neighbors and to other people during the execution of the work or later, when of its use. Several studies are aimed at preventing damage or its adequate repair to the impaired. The architect is one of the professionals who work in the construction team, either designing the architectural project or supervising its execution, aiming at the result, the finished and perfect work, adequate to the technical and legal norms that regulate the civil construction. He is a technical professional, with a degree in higher education and has the peculiarity of being responsible for possible damages and technical failures, through RRT - Specific Technical Responsibility Record of each work performed. In the present research addresses the civil liability of the public server architect resulting from a damaging event in public works. The initial hypothesis was that the state agent architect has subjective liability or any damages resulting from his activity (responds by fault - imprudence, negligence or malpractice - or malice). The Public Entity which he is linked, objectively responds for any damage to third persons (based on the risk of the administrative activity). The methodology used in the present study was a bibliographical research of doctrine and legislation that explore the theme. We emphasize the results are partial, because the research was limited to some authors who deal with the subject of civil liability. The hypothesis was confirmed. We have also discovered doctrinal and jurisprudential controversy in the event that the accused only sue the Administration (and possibility of denunciation to deal).

Key-words: Civil liability; architect; public server; damage; Subjective liability; Civil liability of the State; Objective civil liability; construction; public work; regressive action.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DO ARQUITETO: PARÂMETROS LEGAIS.....	13
1.1. A regulamentação profissional do arquiteto	13
1.2. Direito de construir: normas técnicas	18
1.3. Direito de construir: normas legais	20
1.1.1 RESTRIÇÕES DE VIZINHANÇA.....	21
1.3.2 LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS	29
1.3.2.1 Limitações urbanísticas	30
1.3.2 Limitações de Higiene e segurança públicas.....	40
1.3.3 Tombamento de patrimônio histórico.....	41
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	43
2.1 a Responsabilidade civil do Estado e a teoria do risco administrativo.....	43
2.2 Pressupostos da responsabilidade civil.....	47
2.2.1 Dano	47
2.2.2 Nexo de causalidade material	50
2.2.3 A qualidade de agente na prática do ato	51
2.2. O serviço público e as Pessoas jurídicas responsáveis.....	53
2.3 Responsabilidade civil estatal por condutas comissivas e omissivas.....	56
2.2.3.1 O controle da construção – conduta comissiva estatal	56
2.2.3.2 A responsabilidade estatal por condutas omissivas.....	63
2.3 Excludentes e atenuantes da responsabilidade civil estatal	68
2.3.1 Responsabilidade civil do Estado - dano indenizável (ressarcível) baseado em causa exclusiva na falha do serviço público.....	69
2.3.2 Excludente - dano não indenizável, causa exclusiva de força maior ou fatos inevitáveis da natureza.....	70

2.3.3 Excludente - Dano não indenizável, culpa exclusiva do próprio ofendido	71
2.3.4 Responsabilidade civil do Estado – Dano indenizável, baseado na atividade da Administração.....	72
2.3.5 Pluralidade de causas concorrentes – <i>quantum</i> a indenizar proporcional ao dano causado individualmente	73
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ARQUITETO SERVIDOR PÚBLICO.....	75
3.1 A responsabilidade civil na construção e nas obras públicas	75
3.1.1 Responsabilidade pela perfeição da obra.....	81
3.1.2 Responsabilidade pela solidez e segurança da obra	82
3.1.3 Responsabilidade por danos a vizinhos e a terceiros.....	89
3.1.4 Outras responsabilidades decorrentes da construção.....	92
3.2 A responsabilidade civil do arquiteto servidor público: especificidades	98
3.2.1 A responsabilidade civil do arquiteto servidor em relação à Administração Pública	108
3.3 Sanções civis e administrativas	118
3.3.1 Sanções administrativas.....	118
3.3.2 Sanções civis	120
3.3.3 Sanções civis e administrativas por improbidade administrativa.....	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
REFERÊNCIAS	130

INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas na área da construção civil possibilitam edificações e estruturas de altura e complexidade cada vez maiores, o que torna possível a construção em condições ambientais antes não desenvolvidas devido à periculosidade para operários e construtores. A construção civil constitui uma atividade de risco, que pode ocasionar acidentes e danos aos trabalhadores, aos vizinhos e a terceiros durante a execução da obra ou posteriormente, quando de seu uso. Vários são os estudos, inclusive de juristas, visando à prevenção de danos ou sua adequada reparação aos prejudicados.

O arquiteto é um dos profissionais que atuam na equipe de construção, seja concebendo o projeto arquitetônico, ou fiscalizando sua execução, elaborando pareceres, etc., visando o resultado, qual seja, a obra pronta e o mais perfeita possível, adequada às normas técnicas e legais que regulamentam a construção civil. É profissional técnico, com graduação em Arquitetura e Urbanismo e, assim como os engenheiros, possui a peculiaridade de responsabilizar-se por eventuais danos e falhas técnicas, através de RRT – Registro de Responsabilidade Técnica específico de cada trabalho efetuado.

Na presente pesquisa estudaremos a responsabilidade civil do arquiteto servidor público decorrente de evento danoso em obra pública.

Pretendemos verificar se a responsabilidade civil do arquiteto enquanto servidor público quando da ocorrência de evento danoso em construção na qual tenha participado (seja como projetista, fiscal de execução, ou ainda, após a conclusão e entrega para os usuários) é subjetiva, tal como ocorre na responsabilidade civil dos arquitetos profissionais liberais da iniciativa privada.

A hipótese inicial é que o arquiteto servidor público possui responsabilidade subjetiva em relação a eventuais danos decorrentes de sua atividade (responde por culpa – imprudência, negligência ou imperícia-, ou dolo). Já o órgão da Administração Pública ao qual é vinculado, responde objetivamente por qualquer dano a terceiros (baseado no risco da atividade administrativa).

Sendo o arquiteto vinculado à Administração Pública, este deve seguir, além das normas técnicas e legais da construção civil, os princípios que regem a atuação administrativa estatal, tais como a legalidade e, a supremacia do interesse público, dentre outros. O estudo dos pressupostos que ensejam a responsabilização, ou seja, que implicam na obrigação de

reparar o dano causado, além da possibilidade de excludentes, são importantes para o profissional, para os juristas e para toda a coletividade exposta a esses riscos.

O presente estudo foi desenvolvido a partir de análise doutrinária e da legislação, com a utilização do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica.

O trabalho está organizado em três capítulos.

O primeiro abordará a regulamentação da atividade do arquiteto e o estudo dos parâmetros legais que regem sua atividade profissional. Para isso, será necessário conhecer as normas técnicas (reguladas por entidades como a ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas) e as normas legais que regem o direito de construir (as normas civis, que regulam as relações de vizinhança – as restrições de vizinhança-, e as normas legais, as limitações administrativas, que condicionam ao direito de construir aos interesses coletivos e ao uso da propriedade conforme sua função social. Dentre as espécies, destacam-se as limitações urbanísticas e de higiene e segurança.

No segundo capítulo passaremos a estudar a responsabilidade civil do Estado.

Yussef Cahali define a responsabilidade civil do Estado como sendo “a obrigação legal que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades” (2007, p. 13).

Abordaremos a teoria do risco administrativo, a chamada Teoria objetiva de responsabilidade estatal. Prosseguiremos com os pressupostos da responsabilidade civil do Estado: que o ato seja praticado por agente público; que este ato cause dano específico e anormal; e que haja nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano. Ao abordar as pessoas jurídicas responsáveis pelo serviço público, a doutrina entende que a responsabilidade objetiva do §6º do art. 37 cabe aos agentes estatais quando a Administração executa diretamente os serviços, como também às empresas concessionárias, permissionárias que respondem em nome próprio. Dentre as condutas comissivas que ensejam a responsabilidade civil estatal, além da atividade de projeto e execução de obras públicas propriamente dita, destacamos as atividades relacionadas ao controle da construção. Este realizado através dos regulamentos urbanísticos como Plano diretor, além dos regulamentos edílios; de embargo da construção licenciada; da demolição compulsória especialmente se clandestina; do controle ambiental prévio, dentre outros.

As condutas omissivas também ensejam responsabilidade estatal: a omissão específica ocorre quando o dano provém diretamente da omissão do Poder Público, gera

responsabilidade objetiva; a omissão genérica gera responsabilidade subjetiva, pois não é causa direta e imediata do dano, mas concorre para ele.

Finalizando o capítulo, trataremos das excludentes e atenuantes da responsabilidade estatal, sendo necessário examinar as causas do dano injusto: a excludente ocorre quando não incidir o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; as atenuantes quando houver concausas.

No terceiro capítulo nos dedicaremos inicialmente à responsabilidade civil na construção em geral, como a responsabilidade pela perfeição da obra, pela solidez e segurança e por danos a vizinhos e a terceiros. Em relação à primeira, devido à ocorrência de vícios aparentes ou ocorrendo vícios ocultos. Já em relação à responsabilidade pela segurança e solidez da obra, inclui-se também outros vícios ocultos que não causem a ruína da construção, mas que comprometam a saúde e segurança dos usuários. Segue-se à interpretação do art. 618 do Código Civil, considerado prazo de garantia de 5 anos, em que ocorrendo dano o construtor tem responsabilidade objetiva de repará-los. Após este período, é necessária a prova da culpa do construtor, que o dano decorre de falha construtiva. Em relação aos danos causados aos vizinhos, o proprietário é responsável solidário com o construtor por auferir proveito da construção. Tratando-se de danos a terceiros, a responsabilidade é do construtor, e subsidiária do proprietário. Pela responsabilidade por obra clandestina responde o proprietário e solidariza o construtor.

Segue-se à análise das especificidades da responsabilidade do servidor público, o arquiteto. Este deve obedecer, além das normas técnicas da construção, as normas e princípios administrativos que regem a Administração Pública, como o princípio da legalidade. Atuando em obras públicas, deve seguir normas específicas como a Lei 8.666/1993, que rege as licitações e contratos e a lei 12.462/2011, que rege as RDCs – Regime Diferenciado de Contratações públicas.

Sua atuação pode gerar danos à Administração Pública ou à terceiros. Segundo o §6º do art. 37 da Constituição federal, a responsabilidade do servidor público em relação à Administração é subjetiva, respondendo pelos danos que causar a terceiros, em ação regressiva.

Abordaremos a controvérsia doutrinária e jurisprudencial no caso de o prejudicado demandar unicamente a Administração (em ação baseada na responsabilidade objetiva ou pela falta do serviço), da possibilidade de denúncia da lide ao servidor, em caso de conduta

culposa deste. O STJ defende ser possível a denúncia, já o STF, no sentido de não ser aceita a denúncia da lide, baseado na dupla garantia (a garantia do cidadão de poder demandar contra o Estado; e a garantia representada pela ação regressiva do Estado contra o agente público, não podendo este ser demandado diretamente).

Finalizando o estudo, trataremos brevemente das sanções civis e administrativas quando da verificação da responsabilidade do arquiteto servidor. As administrativas estão elencadas na legislação estatutária. Se for servidor público federal, a lei 8.112/1990 estabelece as condutas e as sanções cabíveis. As sanções civis visam à reparação pecuniária, podendo ser mediante desconto no salário. No caso de cometimento de ato de improbidade administrativa, considerado crime, enseja concomitantemente ainda sanções civis e administrativas. A lei 8.249/1992 traz as condutas e as penalidades.

Certamente a análise que faremos será limitada, pois não analisaremos a muitos dos estudos que se realizam sobre o tema responsabilidade civil, mas acreditamos que a presente pesquisa possa acrescentar no conhecimento da responsabilidade civil dos profissionais arquitetos, a outros servidores públicos e aos juristas interessados no tema.

A presente pesquisa se encerra com as Considerações finais acerca do estudo e as Referências utilizadas na pesquisa.

Feitas as considerações iniciais, passaremos ao primeiro capítulo, onde abordaremos os parâmetros legais que regem a atuação profissional do arquiteto.

1. REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DO ARQUITETO: PARÂMETROS LEGAIS

No presente capítulo nos dedicaremos a estudar a regulamentação da profissão do arquiteto, que atua na área da construção civil. Para compreendermos sua atividade profissional, será necessário apresentar as principais normas técnicas do direito de construir e as normas legais a que está sujeita a atividade.

1.1. A REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL DO ARQUITETO

A Constituição federal de 1988 traz, em seu art. 5º, inciso XIII, o princípio da livre iniciativa para a atuação profissional, exigindo qualificação necessária para as profissões regulamentadas em lei, conforme segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Arquiteto, de acordo com o art. 6º, inciso II da Lei 12.378/2010, é um profissional que possui diploma de nível superior no Curso de Arquitetura e Urbanismo, obtido em instituição de ensino superior reconhecida oficialmente pelo Poder Público, além de ser registrado no Conselho Federal de Arquitetura e Urbanismo ¹.

O exercício das profissões de arquiteto, assim como a de engenheiros, e engenheiros-agrônomo até o ano de 2010 era regulado pela lei 5.194 de 1966. As atribuições profissionais estavam listadas no art. 7º da referida lei. Estabelecia como entidade superior na fiscalização das atividades profissionais o CONFEA – Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, auxiliado por órgãos regionais, os CREAS – Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (art. 24) e regulamentava o registro, deveres, direitos dos profissionais elencados.

¹ Art. 6º São requisitos para o registro:

[...] II - diploma de graduação em arquitetura e urbanismo, obtido em instituição de ensino superior oficialmente reconhecida pelo poder público

Em 2010, com a entrada em vigor da Lei Federal 12.378 de 31/12/2010, a categoria profissional dos arquitetos passou a ser regulamentada por essa lei, que criou os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo do Brasil – CAU/BR, os Conselhos estaduais e do Distrito Federal. As atividades e atribuições dos profissionais arquitetos passaram a ser regulamentadas por essa lei, e estão elencadas no seu art. 2º, conforme se segue:

Art. 2º As **atividades e atribuições do arquiteto** e urbanista consistem em:

I - supervisão, **coordenação, gestão e orientação técnica**; II - coleta de dados, estudo, **planejamento, projeto e especificação**; III - **estudo de viabilidade técnica e ambiental**; IV - assistência técnica, **assessoria e consultoria**; V - **direção de obras** e de **serviço técnico**; VI - **vistoria, perícia, avaliação**, monitoramento, laudo, **parecer técnico**, auditoria e arbitragem; VII - **desempenho de cargo e função técnica**; VIII - treinamento, **ensino, pesquisa e extensão universitária**; IX - desenvolvimento, análise, experimentação, ensaio, padronização, mensuração e controle de qualidade; X - **elaboração de orçamento**; XI - produção e divulgação técnica especializada; e XII - **execução, fiscalização e condução de obra, instalação e serviço técnico**.

Parágrafo único. As atividades de que trata este artigo aplicam-se aos seguintes **campos de atuação no setor**:

I - da **Arquitetura e Urbanismo, concepção e execução de projetos**; II - da **Arquitetura de Interiores**, concepção e execução de projetos de ambientes; III - da **Arquitetura Paisagística**, concepção e execução de projetos para espaços externos, livres e abertos, privados ou públicos, como parques e praças, considerados isoladamente ou em sistemas, dentro de várias escalas, inclusive a territorial; IV - do **Patrimônio Histórico Cultural e Artístico**, arquitetônico, urbanístico, paisagístico, monumentos, restauro, práticas de projeto e soluções tecnológicas para reutilização, reabilitação, reconstrução, preservação, conservação, restauro e valorização de edificações, conjuntos e cidades; V - do **Planejamento Urbano e Regional, planejamento físico-territorial, planos de intervenção no espaço urbano**, metropolitano e regional fundamentados nos sistemas de infraestrutura, saneamento básico e ambiental, sistema viário, sinalização, tráfego e trânsito urbano e rural, acessibilidade, gestão territorial e ambiental, parcelamento do solo, loteamento, desmembramento, remembramento, arruamento, planejamento urbano, plano diretor, traçado de cidades, desenho urbano, sistema viário, tráfego e trânsito urbano e rural, inventário urbano e regional, assentamentos humanos e requalificação em áreas urbanas e rurais; VI - da **Topografia, elaboração e interpretação de levantamentos topográficos cadastrais para a realização de projetos de arquitetura, de urbanismo e de paisagismo**, fotointerpretação, leitura, interpretação e análise de dados e informações topográficas e sensoriamento remoto; VII - da Tecnologia e resistência dos materiais, dos elementos e produtos de construção, patologias e recuperações; VIII - dos **sistemas construtivos e estruturais**, estruturas, desenvolvimento de estruturas e aplicação tecnológica de estruturas; IX - de **instalações e equipamentos referentes à arquitetura e urbanismo**; X - do **Conforto Ambiental**, técnicas referentes ao estabelecimento de condições climáticas, acústicas, lumínicas e ergonômicas, para a concepção, organização e construção dos espaços; XI - do **Meio Ambiente, Estudo e Avaliação dos Impactos Ambientais**, Licenciamento Ambiental, Utilização Racional dos Recursos Disponíveis e **Desenvolvimento Sustentável**. (grifo nosso)

Conforme o art. 24 da lei, os CAUs – Conselhos de Arquitetura e Urbanismo do Brasil, estaduais e do Distrito federal são pessoas jurídicas (autarquias) de direito público e

possuem a função de orientar e fiscalizar o exercício da profissão de acordo com princípios éticos e disciplinares da classe no território nacional².

O art. 3º da lei disciplina as atividades privativas do arquiteto e as áreas de atuação compartilhada com outros profissionais, como ocorre com os engenheiros civis, além de estabelecer a necessidade de curso de formação superior nas atividades que possam expor os usuários a riscos à saúde, segurança, meio ambiente ou danos materiais³.

Para exercer a profissão no território nacional, exige-se o registro do profissional no Conselho de Arquitetura e Urbanismo, conforme o art. 5º da Lei 12.378 de 31/12/2010, conforme segue:

Art. 5º Para uso do título de arquiteto e urbanista e para o exercício das atividades profissionais privativas correspondentes, é obrigatório o registro do profissional no CAU do Estado ou do Distrito Federal.

Parágrafo único. O registro habilita o profissional a atuar em todo o território nacional.

São requisitos para o registro possuir capacidade civil e diploma de graduação em Arquitetura e Urbanismo de instituição reconhecida pelo Poder Público, inclusive se cursado fora do país, desde que revalidado em instituição credenciada⁴.

² Art. 24. Ficam criados o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR e os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados e do Distrito Federal - CAUs, como autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira e estrutura federativa, cujas atividades serão custeadas exclusivamente pelas próprias rendas.

§ 1º O CAU/BR e os CAUs têm como função orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de arquitetura e urbanismo, zelar pela fiel observância dos princípios de ética e disciplina da classe em todo o território nacional, bem como pugnar pelo aperfeiçoamento do exercício da arquitetura e urbanismo.

³ Art. 3º Os campos da atuação profissional para o exercício da arquitetura e urbanismo são definidos a partir das diretrizes curriculares nacionais que dispõem sobre a formação do profissional arquiteto e urbanista nas quais os núcleos de conhecimentos de fundamentação e de conhecimentos profissionais caracterizam a unidade de atuação profissional.

§ 1º O Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR especificará, atentando para o disposto no caput, as áreas de atuação privativas dos arquitetos e urbanistas e as áreas de atuação compartilhadas com outras profissões regulamentadas.

§ 2º Serão consideradas privativas de profissional especializado as áreas de atuação nas quais a ausência de formação superior exponha o usuário do serviço a qualquer risco ou danos materiais à segurança, à saúde ou ao meio ambiente.

§ 3º No exercício de atividades em áreas de atuação compartilhadas com outras áreas profissionais, o Conselho de Arquitetura e Urbanismo - CAU do Estado ou do Distrito Federal fiscalizará o exercício profissional da Arquitetura e Urbanismo.

⁴ Art. 6º São requisitos para o registro:

I - capacidade civil; e

II - diploma de graduação em arquitetura e urbanismo, obtido em instituição de ensino superior oficialmente reconhecida pelo poder público.

§ 1º Poderão obter registro no CAU dos Estados e do Distrito Federal os portadores de diploma de graduação em Arquitetura e Urbanismo ou de diploma de arquiteto ou arquiteto e urbanista, obtido em instituição estrangeira de ensino superior reconhecida no respectivo país e devidamente revalidado por instituição nacional credenciada.

Caracteriza-se como exercício ilegal da profissão a realização de atividade privativa dos arquitetos, especificada pela lei 12.378/2010 por pessoa física ou jurídica sem o respectivo registro no CAU:

Art. 7º Exerce ilegalmente a profissão de arquiteto e urbanista a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviços, públicos ou privados, privativos dos profissionais de que trata esta Lei ou, ainda, que, mesmo não realizando atos privativos, se apresenta como arquiteto e urbanista ou como pessoa jurídica que atue na área de arquitetura e urbanismo sem registro no CAU.

A profissão do arquiteto, assim como os engenheiros, possui a singularidade da exigência de registro de responsabilidade técnica (RRT, para o arquiteto e ART – para os engenheiros) de cada trabalho (projeto ou obra construída ou fiscalizada), pelo qual se responsabiliza pelos danos que sua atuação possa causar nos usuários. Além disso, este documento comprova sua autoria e faz acervo técnico, de modo a habilitá-lo para futuros trabalhos que possuam características semelhantes, a exemplo do que ocorre nas licitações públicas. Assim preceitua o art. 45 da Lei 12.378/2010:

Art. 45. Toda realização de trabalho de competência privativa ou de atuação compartilhadas com outras profissões regulamentadas será objeto de Registro de Responsabilidade Técnica - RRT.

§ 1º Ato do CAU/BR detalhará as hipóteses de obrigatoriedade da RRT.

§ 2º O arquiteto e urbanista poderá realizar RRT, mesmo fora das hipóteses de obrigatoriedade, como meio de comprovação da autoria e registro de acervo.

Através do RRT- Registro de Responsabilidade Técnica, definem-se os profissionais que serão os responsáveis técnicos pela construção, em seus vários componentes e especialidades (projeto de arquitetura, urbanização, estrutura, instalações, etc.), podendo ser o trabalho realizado em coautoria, o que constará nos respectivos registros de cada profissional, vinculando-os à determinada obra, conforme os arts. 46 e 47 da supracitada lei:

Art. 46. O RRT define os responsáveis técnicos pelo empreendimento de arquitetura e urbanismo, a partir da definição da autoria e da coautoria dos serviços.

Art. 47. O RRT será efetuado pelo profissional ou pela pessoa jurídica responsável, por intermédio de seu profissional habilitado legalmente no CAU.

O CAU ainda traz o Código de Ética e disciplina⁵ aos arquitetos, orientando sua conduta profissional, com direitos e deveres, além de sanções quando cometer infrações disciplinares.

§ 2º Cumpridos os requisitos previstos nos incisos I e II do caput, poderão obter registro no CAU dos Estados ou do Distrito Federal, em caráter excepcional e por tempo determinado, profissionais estrangeiros sem domicílio no País.

⁵ Art. 17. No exercício da profissão, o arquiteto e urbanista deve pautar sua conduta pelos parâmetros a serem definidos no Código de Ética e Disciplina do CAU/BR.

Vistas as principais normas que regulamentam a profissão do arquiteto, abordaremos, a seguir, alguns aspectos relativos ao Direito de construir na sua área de atuação.

Antes de mais nada, é importante justificar as razões pelas quais decidimos inserir este item - direito de construir - no presente estudo. Este ramo do Direito tem relação direta com a atuação diária do arquiteto (e dos engenheiros), que estão obrigados a seguir as suas disposições e normativas. Além disso, a atividade da construção é de risco considerável, ocorrendo, por vezes, acidentes com danos materiais e pessoais. Tais eventos danosos podem acontecer durante a obra, com os operários, bem como a terceiros, os vizinhos, no caso de escorregamentos de terra, rachaduras, etc.).

Para iniciar um projeto de construção, o arquiteto segue parâmetros urbanísticos que são determinados pelo Plano Diretor (lei municipal que disciplina a ocupação e uso do solo), que estabelece os usos e parâmetros construtivos para a área na qual será implantada a construção. Além disso, deve também respeitar as normas técnicas da construção civil (que regulam as características dos materiais empregados, as técnicas construtivas recomendadas para garantir a segurança e funcionalidade das construções, estabelecidas pela ABNT- Associação Brasileira de Normas Técnicas, dentre outras entidades).

A atividade do arquiteto deve, ainda, estar de acordo com as diretrizes dadas pelo Direito de construir. As normas civis reguladoras desse ramo do Direito consideram as relações de vizinhança, enquanto que as suas normas administrativas determinam as limitações administrativas com o objetivo de proteger os interesses da coletividade. Seguidas todas as normas, o projeto será submetido à aprovação pelas entidades competentes e, aprovado, terá a construção seu início autorizado.

A responsabilidade do arquiteto pode ser unicamente pelo projeto, pelo projeto e execução, ou por fiscalização de projeto ou obra, dependendo de cada caso concreto. Em qualquer fase, seja do projeto, durante a execução da obra ou posteriormente, na utilização pelos usuários da construção, o arquiteto (e os demais profissionais que formam a equipe de construção) está sujeito a diferentes modalidades de responsabilidade: trabalhista em relação aos contratos com os operários ou responsabilidade civil, por danos que possam ocorrer nas diferentes fases da construção. Mesmo após a conclusão da obra e do recebimento do habite-se (documento que comprova oficialmente perante a municipalidade a conclusão da construção e que esta se encontra apta a ser habitada), os profissionais que assinam ART –

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina deverá regular também os deveres do arquiteto e urbanista para com a comunidade, a sua relação com os demais profissionais, o dever geral de urbanidade e, ainda, os respectivos procedimentos disciplinares, observado o disposto nesta Lei.

Anotação de responsabilidade técnica (engenheiros) e RRT (Registro de responsabilidade técnica - arquitetos) são responsáveis civilmente pela obra durante 5 anos (garantia) por danos que possam advir de algum defeito de projeto ou ocorridos durante a sua execução.

Após essa breve introdução, passaremos a analisar as normas técnicas a que estão sujeitos os arquitetos em sua atividade profissional.

1.2. DIREITO DE CONSTRUIR: NORMAS TÉCNICAS

Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito de Construir*, traz que a obediência às normas técnicas e legais que asseguram ao proprietário a solidez e a perfeição da obra, visam também pôr a coletividade a salvo dos riscos da insegurança das edificações. Essas normas estabelecem requisitos mínimos de solidez, higiene, funcionalidade e estética das obras, a serem atendidos desde o projeto até a execução final, com a fiscalização pelo Poder Público (2011, p. 411).

O autor esclarece alguns termos técnicos da área como construção, edificação, projeto de construção, normas técnicas da construção e diferenciando-as das normas legais.

Construção possui duplo sentido: como *atividade*, indica o conjunto de operações empregadas na execução de um projeto; como *obra*, significa toda realização material e intencional do homem, visando adaptar a natureza às suas conveniências. (MEIRELLES, 2011, p. 411).

Deve-se diferenciar os termos *construção* e *edificação*: *construção* é gênero, e *edificação*, espécie. **Construção**, como realização material, é toda obra executada intencionalmente pelo homem; **edificação** é a obra destinada à habitação, trabalho, culto, ensino ou recreação. Meirelles alerta para a diferença dos termos Projeto, planta e plano⁶.

⁶ **Projeto de construção** é o conjunto de estudos, cálculos e desenhos necessários à expressão técnica da obra a ser executada. Abrange, normalmente: a) Estudos preliminares, tais como sondagens do terreno; b) Cálculos estruturais e outros tipos; c) Desenhos (plantas, cortes, fachadas); d) Memorial descritivo, com as especificações de materiais; e) Orçamentos dos trabalhos a executar e material a empregar; f) Cronogramas indicativos do andamento dos serviços em suas sucessivas fases. Além de outros elementos conforme a complexidade da obra exigir.

Planta é a representação gráfica e em escala de um corte ou de uma vista da construção, ou de parte dela. Escala é a relação existente entre as dimensões do objeto real e as do desenho que o representa. Corte, segundo a conceituação da ABNT, “é a projeção, em plano vertical, colocado imediatamente antes da parte a representar, indicando-se as seções em hachurado”. Fachada ou elevação é a projeção em plano vertical, colocado imediatamente antes do conjunto a representar, sem corte de qualquer peça.

Valmir Luiz Pelacani, no Caderno n. 07 do CREA-PR, *Responsabilidade na construção civil*, traz ainda o vocábulo **prédio** que, em Direito, significa, genericamente, a propriedade fundiária: a terra com suas construções e servidões; mas, na linguagem comum, o termo *prédio* vem-se tornando privativo da construção, ou mais propriamente da edificação, onde se encontra com frequência nas escrituras de alienação, a referência específica: “terreno e prédio nele construído...”. No conceito de prédio integram-se o de subsolo, solo e sobressolo. Ainda, o de edificação ou, mais largamente, o de construção. A ideia de prédio é mais ampla que a de terreno, pedaço da terra, que está no substrato (PELACANI, 2010, p.24)

Vistos alguns dos principais termos técnicos da doutrina do Direito de construir, passaremos, a seguir, a analisar as normas técnicas da construção civil. A construção civil, como atividade técnico-econômica, está sujeita a uma série de normas técnicas e legais, as quais visam o aprimoramento das obras, bem como de sua adequação ao meio ambiente. Seguiremos com breve descrição das normas técnicas, para posteriormente analisarmos as normas legais da atividade da construção civil.

Normas técnicas da construção civil são as prescrições científicas, sistematização dos melhores resultados de materiais e métodos de trabalho que visam ao aperfeiçoamento estrutural, funcional e estético da construção e sua econômica execução. São elaboradas por entidades especializadas em cada país, tendendo à unificação de normas técnicas uniformes e universais (MEIRELLES, 2011, p. 413).

O art. 39, VIII do **Código de defesa do consumidor**⁷ vedou ao fornecedor de produtos ou serviços colocar no mercado produtos que não sigam as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, a qual, por delegação do CONMETRO – Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e qualidade industrial, cabe a edição das *Normas técnicas brasileiras*⁸.

Plano, em sentido amplo, é toda programação. Em Urbanismo, designa a expressão físico-social de determinada área, ou a destinação urbanística do terreno (Plano Regional, Plano Diretor, Plano de Zoneamento, etc.). (MEIRELLES, 2011, p. 412).

⁷ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

⁸ A Resolução do CONMETRO, de 8.1.1992, definiu como **Norma Brasileira** toda e qualquer norma elaborada pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.[...] Agora, toda e qualquer decisão normativa, tomada no âmbito do Foro Nacional de Normalização, é uma Norma Brasileira Registrada (NBR) registrada pelo INMETRO, pela Resolução CONMETRO7, de 24.8.1992. (MEIRELLES, 2011, p. 414-415).

A obediência às normas segue uma escala hierárquica que passa pelos regulamentos técnicos do CONMETRO, pelas normas da ABNT e, na falta desses ou existência de lacunas, o construtor poderá utilizar normas de outras entidades internacionais credenciadas pelo CONMETRO (como as normas da ISO, do IEC e do Mercosul). O disposto nessas normas é considerado o padrão mínimo a ser seguido por fornecedores de produtos e serviços, também aplicável às demais relações que não sejam de consumo (MEIRELLES, 2011, p. 415).

Dentre as normas da ABNT, aplicáveis à construção civil, de uso obrigatório pelos arquitetos, estão a NBR 9050/2015 – Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos, NBR 13.532/1995 – Elaboração de projetos de edificações – Arquitetura, NBR 15.575/2008 – Edifícios habitacionais de até cinco pavimentos – Desempenho, etc.

A seguir, analisaremos as normas legais a que o arquiteto e os construtores estão submetidos desde o momento em que se inicia o projeto até a entrega da obra concluída.

1.3. DIREITO DE CONSTRUIR: NORMAS LEGAIS

Normas Legais da Construção são as *prescrições expressas em lei ou regulamento*. São de dois tipos, as *civis* e as *administrativas*. As normas civis regulam o direito de construir considerando as relações de vizinhança, são as *restrições de vizinhança*. Já as administrativas buscam proteger os interesses da coletividade, condicionando o direito de construir e o uso da propriedade à sua função social - são as *limitações administrativas*, autorizadas pelos arts. 5º, XXIII e art. 182 da Constituição federal⁹ (MEIRELLES, 2011, p. 417).

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

1.1.1 RESTRIÇÕES DE VIZINHANÇA

As restrições de vizinhança são *preceitos de ordem privada*, encontram-se no *Código Civil (arts. 1.277 a 1.313)*. Por outro lado, as limitações administrativas, como imposições de ordem pública, estão dispersas na legislação, como as normas de proteção ao meio ambiente, à saúde e ao desenvolvimento urbano (Estatuto da Cidade, o Plano Diretor e o Código de Obras).

As restrições de vizinhança constituem limite de ordem civil ao direito de construir, em benefício dos prédios confrontantes, da saúde e bem-estar de seus ocupantes. Abrange não só os prédios confinantes como os mais afastados, sujeitos às consequências do uso nocivo das propriedades que os rodeiam. Vinculam não só o proprietário, como o possuidor do imóvel a qualquer título legítimo (locatário, comodatário, etc.), conforme traz o art. 1.277 do código Civil¹⁰.

Meirelles define: “**Restrição de vizinhança** é toda *imposição de ordem privada, pessoal, recíproca e gratuita*, instituída em *benefício dos vizinhos*” (2011, p.48).(grifo nosso)

Sendo obrigações privadas, podem ser alteradas, transacionadas ou renunciadas pelos vizinhos, a menos que tenham sido convertidas, por normas administrativas, em preceitos de ordem pública que não admitem descumprimento, o que ocorre quando os regimentos internos edifícios repetem em seus textos as mesmas imposições da lei civil (MEIRELLES, 2011, p. 49).

Atuam como preceitos de coexistência entre os vizinhos; são recíprocas ou bilaterais porque operam simultaneamente como direito (face ativa da restrição) e como obrigação (face passiva); são imposições gratuitas, porque não exigem indenização pela sua observância. Podem ser de três modalidades:

positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). No primeiro caso, o vizinho é obrigado a realizar o que se lhe impõe (v.g., reparar a construção em ruína); no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado (v.g., não encostar fornalha na parede divisória); no terceiro, deve suportar o encargo que lhe é imposto (v.g., permitir a entrada em seu prédio para construção de parede divisória). Comumente são estabelecidas no Código Civil, que é, por natureza, o estatuto das relações de

¹⁰ Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

ordem privada, mas podem aparecer em outras leis civis e, até mesmo, excepcionalmente, em normas administrativas, porque os dois ramos do Direito – Público e Privado – não são estanques, nem conflitantes, mantendo estreitas relações na ordenação do uso da propriedade (MEIRELLES, 2011, p. 49).

Cabe diferenciarmos **restrições de vizinhança** e **limitações administrativas**. Ambas condicionam a propriedade: a restrição civil atinge o direito de propriedade em sua substância; a limitação administrativa atinge somente o uso da propriedade. Daí porque as restrições de vizinhança são estabelecidas por lei federal e as limitações administrativas podem ser impostas por lei ou por decreto federal, estadual ou municipal, porque a adequação do uso da propriedade ao bem-estar social incumbe a todas as entidades, enquanto o conteúdo do direito de propriedade é matéria de Direito Civil, privativa da União, conforme preceitua o art. 22, I da Constituição federal. A natureza jurídica das duas imposições é diferente, assim como os objetivos quando atuam sobre as construções (MEIRELLES, 2011, p. 50).

Dentre as restrições de vizinhança, ressaltamos:

- a) o **limite entre prédios e tapumes divisórios** (demarcação dos prédios confrontantes pelos proprietários – art. 1.297 e 1.298¹¹ do CC/2002). Importante diferenciar *muro divisório*, elemento de vedação rente à divisa, que não podem ser assentados além do limite do terreno, diferente de *parede divisória*, que é elemento de sustentação, admitindo madeiramento e travejamento por parte de ambos os confinantes. Sendo vedação, serve a ambos os vizinhos, não sendo necessário o levantamento de outro justaposto ao primeiro. As paredes divisórias são tratadas nos arts. 1.299 a 1.308¹² do CC/2002, o proprietário pode construir somente no seu terreno (neste caso pertence a

¹¹ Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.

Art. 1.298. Sendo confusos, os limites, em falta de outro meio, se determinarão de conformidade com a posse justa; e, não se achando ela provada, o terreno contestado se dividirá por partes iguais entre os prédios, ou, não sendo possível a divisão cômoda, se adjudicará a um deles, mediante indenização ao outro.

¹² Art. 1.304. Nas cidades, vilas e povoados cuja edificação estiver adstrita a alinhamento, o dono de um terreno pode nele edificar, madeirando na parede divisória do prédio contíguo, se ela suportar a nova construção; mas terá de embolsar ao vizinho metade do valor da parede e do chão correspondentes.

Art. 1.305. O confinante, que primeiro construir, pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo, sem perder por isso o direito a haver meio valor dela se o vizinho a travejar, caso em que o primeiro fixará a largura e a profundidade do alicerce.

Art. 1.308. Não é lícito encostar à parede divisória chaminés, fogões, fornos ou quaisquer aparelhos ou depósitos suscetíveis de produzir infiltrações ou interferências prejudiciais ao vizinho.
Parágrafo único. A disposição anterior não abrange as chaminés ordinárias e os fogões de cozinha.

ele unicamente) ou assentá-la até meia espessura no terreno de seu vizinho, pertencendo a ambos. Nesse caso, o vizinho queira usá-la como travejamento, deverá pagar o valor de meia parede e do chão correspondente ao que a construiu. As paredes translúcidas equiparam-se às aberturas para luz, assim levantamento de parede divisória com material translúcido (como tijolos de vidro) são permitidas, não incidindo a proibição do art. 1.301, que abrange apenas aberturas para luz, ventilação e vista, conforme a Súmula 120 do STF¹³, o que não impede que o vizinho construa rente à parede translúcida, porque esta não cria servidão de luz contra o vizinho, o que só ocorre com janelas e outros elementos de aeração e vista (MEIRELLES, 2011, p. 53-61);

- b) **invasão de área vizinha** pode ocorrer tanto pelos alicerces colocados além dos limites do terreno como pelo avanço nos pavimentos superiores, com a construção de balanços. Caso ocorra a invasão, o proprietário prejudicado poderá embargar a obra e obter a demolição e restituição da parte que lhe pertence (decorrência do direito de propriedade, que a lei civil assegura ao titular, o poder de usar, gozar e dispor de seus bens e reavê-los do poder de quem quer que os possua ou detenha, conforme o art. 1.228 do CC/2002¹⁴). O vizinho que invade área passa a ter posse injusta sobre propriedade alheia, sujeitando-se à devolução, quando reclamada pelo dono. (MEIRELLES, 2011, p. 62);
- c) **a proibição de abrir janelas¹⁵, terraço ou varanda¹⁶ a menos de um metro e meio da divisa do terreno** (art. 1301¹⁷ do CC/2002). As janelas cuja visão não incida sobre as linhas divisórias e as perpendiculares a estas não podem ser abertas a menos de

¹³ Súmula 120, STF: Parede de tijolos de vidro translúcido pode ser levantada a menos de metro e meio do prédio vizinho, não importando servidão sobre ele. TASP, RT 327/469.

¹⁴ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

¹⁵ Janela é qualquer abertura ou vão de mais de 10cm de largura ou de mais de 20cm de comprimento, com vedação móvel ou basculante, com material transparente, translúcido ou opaco que permita a passagem de luz ou ar (MEIRELLES, 2011, p. 64);

¹⁶ Terraço ou varanda são sinônimos de espaços abertos interna ou externamente aos prédios, envidraçados ou não (MEIRELLES, 2011, p. 64);

¹⁷ Art. 1.301. É defeso abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho.

§ 1º As janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a menos de setenta e cinco centímetros.

§ 2º As disposições deste artigo não abrangem as aberturas para luz ou ventilação, não maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso.

setenta e cinco centímetros da linha divisória (é proibição objetiva, não cessando se houver muro divisório ou se a visão é oblíqua e não direta). Infringida a distância mínima, a janela, terraço, varanda ou balanço ofendem o direito do vizinho e estão sujeitos à fechamento ou demolição, desde que o confrontante prejudicado o requeira dentro de 1 ano do término da construção, conforme o art. 1.302 do CC/2002 ou impeça a sua construção no decorrer da obra. Transcorrido ano e dia sem oposição do judicial do vizinho, o infrator adquire a servidão e, a partir daí, nenhuma obra poderá ser levantada a menos de metro e meio da construção dominante. Prédios separados por estrada, rua, caminhou qualquer passagem pública também devem obedecer a distância mínima de metro e meio (MEIRELLES, 2011, p. 64);

- d) **aberturas para luz e ventilação:** o Código Civil não proíbe pequenas aberturas para luz ou ventilação a menos de metro e meio da divisa e a dois metros de altura do piso, desde que estas não tenham mais do que 10cm de largura sobre 20cm de comprimento. As aberturas para luz¹⁸ não prescrevem contra o vizinho que, a qualquer tempo, poderá levantar em seu terreno parede ou muro que lhes vede a claridade (não se convertem em servidão com a passagem de ano e dia sem oposição, mesmo exista acordo por escrito). Já as aberturas para ventilação não foram indicadas no art. 1.302, assim, conclui-se que a construção de edificação ou muro não poderá vedá-las (MEIRELLES, 2011, p. 64-65);
- e) a **utilização de águas pluviais** (as que procedem imediatamente das chuvas, sem qualquer captação ou tratamento pelo Poder Público, conforme o art. 102¹⁹ do Código de Águas). O escoamento natural das águas pluviais obedece o princípio que os vizinhos dos prédios inferiores (todos aqueles que estão abaixo, não só o vizinho imediato) são obrigados a receber as águas que correm naturalmente dos prédios superiores, porém, se o vizinho superior fizer obras para facilitar o escoamento, não poderá prejudicar a condição natural do prédio inferior (art. 1.288 do Código Civil e art. 69 do Código de Águas). A poluição das águas é expressamente proibida pelo Código Civil (art. 1.291) e pelo Código de Águas (art. 98²⁰ e 109 a 116²¹), punido

¹⁸ Frestas ou seteiras são aberturas para luz com vãos retangulares; óculos são aberturas circulares. O que os distinguem das janelas é que estes dão passagem somente para a luz, enquanto que as janelas permitem passagem de luz e ar (MEIRELLES, 2011, p. 65);

¹⁹ Art. 102. Consideram-se águas pluviais, as que procedem imediatamente das chuvas.

²⁰ Art. 98. São expressamente proibidas construções capazes de poluir ou inutilizar para o uso ordinário a água do poço ou nascente alheia, a elas preexistentes.

como crime pelo Código Penal (art. 271 e parágrafo único) e pela lei 9.605/1998 (lei de crimes ambientais, art. 54, §2º, III). Considera-se que poluir é sujar, contaminar, envenenar a água, por meios físicos, químicos ou biológicos, ou seja, todo ato que piore a qualitativamente o estado natural (MEIRELLES, 2011, p. 67-74);

- f) **erigir construções prejudiciais à vizinhança**, art. 1.299 do CC/2002²². Cabe à União, em concorrência com os Estados, editar normas de proteção à saúde (Constituição federal, art. 24, XII), remanescendo para o Município a regulamentação local em seu poder de polícia administrativa. Assim, pode dispor sobre a localização de depósito de detritos industriais e construções ou atividades que incomodem ou prejudiquem a vizinhança, com qualquer restrição fundada na segurança e na saúde pública. Essas normas administrativas, embora complementares da lei civil, são de ordem pública, assim, não podem ser transacionadas, não há direitos adquiridos, podem dispor da localização e construção de atividades incômodas afastando-as do perímetro urbano, ainda que leis anteriores o permitissem (2011, p. 74-75);
- g) **restrições especiais do condomínio edilício**, consideradas como deveres dos condôminos, tais como não realizar obras que comprometam a segurança da edificação, não alterar a forma e cor da fachada, das esquadrias externas, não usar de modo que prejudique o sossego, salubridade e segurança dos possuidores ou aos bons costumes (art. 1.336, II, III e IV²³). As restrições visam assegurar o interesse coletivo dos condôminos, por isso só podem ser relegadas com a concordância unânime dos condôminos, conforme o art. 1.351 do Código Civil²⁴ (MEIRELLES, 2011, p. 79-80).

O descumprimento das restrições de vizinhança enseja dois tipos de **sanções: demolição e indenização** (MEIRELLES, 2011, p. 83).

²¹ Art. 109. A ninguém é lícito conspirar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros.

²² Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

²³ Art. 1.336. São deveres do condômino:

[...] II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;

III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;

IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

²⁴ Art. 1.351. Depende da aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção; a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos.

Conforme o **art. 1.312²⁵**, do Código Civil, cabe a **demolição** das construções em **desacordo com as normas de vizinhança**: de paredes divisórias (art. 1.305²⁶), qualquer equipamento produtor de poluição ou inutilização da água (art. 1.309²⁷), qualquer obra nociva à segurança, ao sossego ou à saúde (art. 1.277²⁸), ou em ameaça de ruir (art. 1.280²⁹).

Conforme o **art. 1.299³⁰** do Código Civil, **apenas são permitidas as construções, respeitados os direitos dos vizinhos e os regulamentos administrativos**. Assim, cabe **demolição** da obra ilegal, além de **indenização** dos danos sofridos não apenas pelo **proprietário**, mas também pelo **possuidor** que a ordenou e o **construtor** que a fez, sendo legítimo o pedido de demolição e indenização contra todos, que **respondem solidariamente** perante o vizinho prejudicado (MEIRELLES, 2011, p. 84).

A propriedade deve ter seu uso normal (expresso na legislação civil, administrativa e urbanística), podendo o vizinho fazer cessar as interferências prejudiciais. Porém caso sejam justificadas pelo interesse público, o vizinho prejudicado deverá ser indenizado pelo seu causador (art. 1.277 e 1.278).

Infringida qualquer norma de edificação – civil ou administrativa–, incide o infrator na **obrigação de demolir e indenizar**. Para essa obrigação não é exigível imperícia, imprudência ou negligência do vizinho, nem se indaga se obrou com intenção de prejudicar o confinante. A **responsabilidade é objetiva**, resultando do só fato da **infringência do direito de vizinhança**, independentemente da ocorrência do elemento subjetivo culpa ou dolo de quem construiu ou mandou construir (Código Civil, art. 1.312). (MEIRELLES, 2011, p. 84). *Grifo nosso*

²⁵ Art. 1.312. Todo aquele que violar as proibições estabelecidas nesta Seção é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos.

²⁶ Art. 1.305. O confinante, que primeiro construir, pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo, sem perder por isso o direito a haver meio valor dela se o vizinho a travejar, caso em que o primeiro fixará a largura e a profundidade do alicerce.

²⁷ Art. 1.309. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço, ou nascente alheia, a elas preexistentes.

²⁸ Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

²⁹ Art. 1.280. O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameaça ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente.

³⁰ Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

As construções em desacordo com as restrições de vizinhança ou com infringência de normas administrativas (Código de Obras, Planos urbanísticos, leis de zoneamento, etc.) dão ensejo a diferentes ações, conforme a ofensa ou ameaça ao direito dos vizinhos. Essas ações, objeto do Direito Processual Civil não serão objeto desse estudo. Apenas nos deteremos à caracterização dos pressupostos para a responsabilidade civil (ação de indenização), não aos seus aspectos processuais.

Nesse momento, cabe trazermos o **conceito de responsabilidade civil**, segundo Eliane Pinheiro, de sua dissertação de mestrado, *Análise teórica acerca da responsabilidade civil do Estado no âmbito da Administração Pública direta e indireta*:

Pode-se conceituar a **responsabilidade civil** como sendo a **obrigação de reparar os danos**, através do ressarcimento do prejuízo *in natura*, ou do pagamento de uma quantia monetária equivalente à lesão causada, cuja finalidade é o restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, da situação fática anterior, e a restauração dos equilíbrios social, econômico e jurídico rompidos pelo prejuízo, tendo-se como garantia de adimplemento o patrimônio do agente (2000, p. 17). (grifo nosso)

Além disso, cabe diferenciarmos a responsabilidade subjetiva da responsabilidade objetiva. Segundo Cavalieri Filho a **responsabilidade civil subjetiva**:

caracteriza-se pela **obrigação de indenizar a vítima** de evento danoso quando se **configurarem os pressupostos: conduta ilícita** (manifestação de vontade voluntária, contrária ao Direito), a **culpa** (comportamento reprovável pelo Direito, violação do dever objetivo de cuidado, em face das circunstâncias específicas - o agente podia e deveria ter agido de outro modo - ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia), do **dano** (prejuízo material ou moral sofrido pela vítima) e o **nexo causal** (relação entre a conduta do agente e a ocorrência do dano - resultado). A culpa é o elemento básico da responsabilidade subjetiva, baseada no art. 927 do Código Civil de 2002, combinado com o art. 186.

Não basta que o agente tenha praticado conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito (2014, p. 62). (grifo nosso)

Já a **responsabilidade civil objetiva**, segundo Rui Stoco, em sua obra *Tratado de responsabilidade civil - doutrina e jurisprudência*:

ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos tradicionais (*culpa, dano, vínculo de causalidade* entre uma e outro) **assenta-se na equação binária** cujos polos são o **dano** e a **autoria do evento danoso**. Sem cogitar a imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do ato danoso, o que **importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo**. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável (2013, p. 213). (grifo nosso)

O **fundamento material da ação de indenização por dano de vizinhança é o art. 1.299 do Código Civil**, que resguarda os vizinhos de quaisquer danos decorrentes de construção, independente de demonstração da culpa do agente. Trata-se de **responsabilidade**

objetiva: nasce só do fato lesivo da obra ou de seus trabalhos preparatórios. Pode o ato danoso ser legítimo, como geralmente é a construção, ou resultar de ato involuntário do dono da obra, ou de fato estranho à vontade do construtor. Em qualquer caso, sujeitará o proprietário e o construtor à obrigação de indenizar o dano causado às pessoas e bens da vizinhança.

O **Código de defesa do consumidor (Lei 8.078/1990)** confirma a responsabilidade sem culpa pelos danos de vizinhança **no art. 17³¹**, para os efeitos da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, equiparando-se aos consumidores todas as vítimas do evento, quando a relação se enquadrar como relação de consumo.

A construção civil é atividade legalmente regulamentada, privativa de profissionais habilitados e de empresas autorizadas a executar trabalhos de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, torna os construtores responsáveis técnica e economicamente pelos danos da construção perante vizinhos, assim como o proprietário que encomenda a obra, em qualquer modalidade de contrato de construção. Assim, desnecessária a indagação sobre a culpa do construtor, que responde solidariamente com o proprietário perante os vizinhos:

o proprietário, porque ordena a obra; o construtor porque a executa com responsabilidade técnica própria e intransferível ao leigo.[...] Portanto, a ação de indenização decorrente de obra particular pode ser ajuizada pelo vizinho contra o proprietário ou o construtor, ou contra ambos, por serem solidariamente responsáveis pelos danos de construção, conforme remansada jurisprudência (MEIRELLES, 2011, p. 353).

Aos **danos causados por obra pública** a ação será dirigida contra a Administração que a ordenou e responde objetivamente pelos atos de seus prepostos, conforme o **art. 37, §6º da Constituição federal**. Se o construtor agiu com culpa, caberá à Administração, após a indenização da vítima, cobrar regressivamente o que despendeu no ressarcimento (MEIRELLES, 2011, p. 353).

Os mestres e encarregados de obras não respondem pelos danos da construção, nem os demais leigos que trabalham na obra, por não terem encargos técnicos, nem poderem substituir os profissionais e as empresas construtoras na assunção dos riscos econômicos do empreendimento. Não se deve confundir o **construtor** - que só pode ser profissional legalmente habilitado, como engenheiro civil, arquiteto, agrônomo, licenciado ou a empresa autorizada a construir -, com o subcontratado de serviço, o **empreiteiro** de mão de obra. Este

³¹Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

não possui responsabilidade alguma com terceiros, mas sua relação é empregatícia com o construtor.

Seguindo com a descrição das normas legais relativas à construção, cabe analisarmos as Limitações administrativas ao Direito de construir.

1.3.2 LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Segundo Hely Lopes Meirelles, “é toda **imposição geral, gratuita, unilateral** e de **ordem pública condicionadora do exercício de direitos** ou de **atividades particulares** às exigências do bem-estar social” (2011, p. 89). (grifo nosso)

As limitações administrativas **derivam do poder de polícia** da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas sob três modalidades: positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). Devem seguir o interesse público que as motiva, sem aniquilar com a propriedade. Não são absolutas, nem arbitrárias; são legítimas quando representam medidas razoáveis de condicionamento do uso da propriedade, em benefício do bem-estar social e não impedem a utilização da coisa segundo sua destinação natural. Meirelles cita Filadelfo Azevedo que afirma:

definido o alcance da propriedade, o Código Civil estabelece que o **direito de construir encontra ainda limites** nas *regras administrativas* ou melhor, nas *posturas municipais* e nos *regulamentos de higiene*. Essas regras de caráter local são, assim, encampadas e sublimadas, **passando à categoria de direito substantivo**. [...] os dispositivos deste gênero tem **função integrante ou complementar ao Código Civil** [...] os **regulamentos edilícios** não serão, genericamente considerados, simples normas de polícia edilícia, mas, de modo mais preciso, como **limites de direito público à propriedade imobiliária** (MEIRELLES, 2011, p. 95). (grifo nosso)

Os regulamentos edilícios impondo, normalmente, obrigação de não fazer, criam um direito subjetivo a essa abstenção. São disposições de ordem pública, geram direitos subjetivos para os proprietários que delas se beneficiam e que, por isso, podem compelir judicialmente os vizinhos a observá-las nas suas construções. As imposições municipais relativas às edificações e ao ordenamento urbano obrigam também a União e o Estado-membro, porque tais matérias são da competência constitucional do Município, conforme o art. 30, VIII da CRFB/1988³² (MEIRELLES, 2011, p. 98).

³² Art. 30. Compete aos Municípios:

[...] VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

O *poder de polícia* é o fundamento das limitações administrativas. Meirelles o conceitua como “a faculdade discricionária que se reconhece à Administração Pública de restringir e condicionar o uso e gozo dos bens e direitos individuais, especialmente os de propriedade, em benefício do bem-estar geral” (2011, p. 99).

Esse poder se difunde por todas as entidades estatais, cabendo ao Município no policiamento das atividades locais, através de normas gerais e abstratas de conduta (atos legislativos) e providências executivas concretas (atos administrativos), de caráter preventivo ou repressivo. A polícia administrativa age sobre bens, direitos e atividades, ao passo que as outras (polícia judiciária e polícia de manutenção da ordem pública), agem sobre as pessoas individualmente ou coletivamente (MEIRELLES, 2011, p. 100).

Todas as pessoas que venham a praticar a atividade da construção estão sujeitas às normas administrativas, dependendo o seu exercício de licença prévia (alvará de construção ou loteamento) da autoridade competente.

Existem diversas espécies de limitações administrativas, dentre as quais interessam especificamente ao arquiteto, *as limitações urbanísticas, as limitações de higiene e segurança e o tombamento de patrimônio histórico* (MEIRELLES, 2011, p. 107). Passaremos a analisá-las a seguir.

1.3.2.1 Limitações urbanísticas

Limitações Urbanísticas segundo Meirelles são:

todas as **imposições do Poder Público** destinadas a **organizar os espaços habitáveis** [...] Entenda-se por *espaços habitáveis* toda **área** em que o homem exerce coletivamente qualquer das seguintes **funções sociais**: *habitação, trabalho, circulação, recreação* (2011, p. 107-108).

O autor afirma que o *Direito Urbanístico*³³ não se confunde com o *Direito de construir*, nem com o *Direito de vizinhança*. Protegem interesses diversos e se embasam em fundamentos diferentes: o direito de construir e o direito de vizinhança são de ordem privada e disciplinam a construção e seus efeitos nas relações com terceiros, especialmente os confinantes, enquanto o Direito Urbanístico ordena o espaço urbano e as áreas rurais que nele interferem, através de disposições de ordem pública, expressas em normas de uso e ocupação do solo urbano ou de proteção ambiental (MEIRELLES, 2011, p. 107-108).

³³ Direito Urbanístico é ramo do Direito Público destinado ao estudo e formulação de princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo (MEIRELLES et. al., 2011. p. 108)

Como **disposições de ordem pública**, as limitações urbanísticas são *imprescritíveis, irrenunciáveis e intransacionáveis*, diferente das restrições civis, que são prescritíveis, renunciáveis e transacionáveis por acordo entre as partes ou aceitação tácita de situações de fato. São revestidas de *imperium*, sendo obrigatórias não apenas aos particulares como para a própria Administração, por pertencermos a um Estado de Direito, em que todos os indivíduos e as autoridades estão submetidos às normas legais. Podem se de três modalidades: positivas (fazer o que a Administração lhe impõe); negativas (abster-se de fazer o que lhe é vedado) e permissivas (deixar fazer – permitir que o Poder Público use ou realize na propriedade particular, o que for de interesse urbanístico).

As limitações urbanísticas devem corresponder às exigências do interesse coletivo que as motiva, sem aniquilar totalmente a propriedade, nas suas manifestações de uso, gozo e disponibilidade da coisa. Embasam-se no art. 5º, XXII e XXIII³⁴ e no art. 170. II e III³⁵ da Constituição federal, que condiciona o uso da propriedade à sua função social: são limitações de uso da propriedade, e não da propriedade em sua substância. Assim, podem ser expressas por lei ou regulamento de qualquer das entidades estatais, respeitadas as competências institucionais (MEIRELLES, 2011, p. 111).

As limitações urbanísticas *ordenam a cidade e todas as atividades* das quais depende o bem-estar da comunidade, especialmente:

as **imposições** sobre **área edificável, altura e estilo dos edifícios**, volume e estrutura das construções; em nome do interesse público, a **Administração exige alinhamento, nivelamento, afastamento, áreas livres e espaços verdes**; impõe determinados tipos de material de construção; fixa **mínimos de insolação, iluminação, aeração** e cubagem; **estabelece zoneamento**; prescreve sobre **loteamento, arruamento, habitações coletivas e formação de novas povoações**; regula o **sistema viário e os serviços públicos** e de utilidade pública (MEIRELLES, 2011, p. 112). (grifo nosso)

A Constituição federal prevê a repartição de competências:

cabe à **União** elaborar o **plano nacional de ordenação do território** e editar **normas gerais de Urbanismo**; compete aos **Estados** organizar o **plano estadual de ordenação do território** e estabelecer **normas urbanísticas regionais**,

³⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

³⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

suplementares das federais; aos Municípios cumpre elaborar o **Plano Diretor** e promover o adequado **ordenamento urbano**, instituindo as **normas legais pertinentes** (MEIRELLES, 2011, p. 114). (grifo nosso)

Nesse momento, passaremos a analisar algumas principais limitações urbanísticas, que são estabelecidas pelo ***Plano Diretor***, pela ***Regulamentação edilícia***, pela ***delimitação de zonas urbanas***, pelo ***traçado urbano***, pelo ***uso e ocupação do solo urbano***, pelo ***zoneamento***, pelos ***loteamentos***.

1.3.2.1.1 Plano Diretor

O Plano Diretor contém muitas das principais limitações urbanísticas a serem seguidas pelo arquiteto. Segundo Meirelles, é “o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, expressão das aspirações da comunidade local” (2011, p. 115). Conforme o art. 182, §1º³⁶ da Constituição federal, o Plano Diretor deve ser aprovado pela Câmara municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, embora o §2º do mesmo artigo disponha que cabe a todos os municípios, pois serve de parâmetro para aferir se a propriedade urbana está cumprindo sua função social.

O **Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001)** nos art. 39 a 42³⁷ impõe que o processo de elaboração do Plano Diretor deverá ter a participação da comunidade, conforme exige o art.

³⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

³⁷ Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

[...]§ 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

I – com mais de vinte mil habitantes;

II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;

29, XII da Constituição federal. Obriga também aos municípios de regiões metropolitanas, áreas de especial interesse turístico e de empreendimentos significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. Prevê ainda que a lei que o aprovar deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos (MEIRELLES, 2011, p. 115).

A **Lei 13.146/2015** incluiu no **§3º do art. 41³⁸ do Estatuto**, o dever de elaborar ***Plano de rotas acessíveis*** que disponha de passeios acessíveis (a serem implantados ou reformados pelo Poder Público) para garantir a acessibilidade às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes, inclusive nos locais de maior concentração e circulação de pedestres como os órgãos públicos, locais de prestação de serviços públicos e privados de saúde, educação, assistência social, esporte, cultura, bancos, etc., sempre que possível, integrados ao sistema de transporte coletivo (MEIRELLES, 2011, p. 115). Essa é uma das incumbências que cabe aos arquitetos especificamente, pois são os profissionais que possuem a atribuição de fazer e adequar os projetos das rotas e passeios acessíveis, além de promover a acessibilidade a todos as edificações públicas e de concentração de público.

O Plano diretor traz a locação aproximada e características que permitam, em época futura, a elaboração dos projetos executivos de obras, serviços ou empreendimentos planejados, que poderão ser construções isoladas, planos setoriais de urbanização ou reurbanização (ampliação de bairros, novos núcleos urbanos, loteamentos, etc.), sistema viário, redes de água e esgoto ou equipamentos públicos (MEIRELLES, 2011, p. 117).

1.3.2.1.2 Regulamentação Edilícia

A Regulamentação edilícia se expressa através de limitações de higiene, segurança e estética da cidade e das habitações, traz consigo várias limitações urbanísticas.

A Constituição federal, em seu art. 30, VIII³⁹ estabelece que o ordenamento da cidade é atribuição municipal, complementada pelo **controle da construção** feito pelo **Código Civil**

V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

³⁸ [...] § 3º As cidades de que trata o **caput** deste artigo devem elaborar **plano de rotas acessíveis**, compatível com o plano diretor no qual está inserido, que disponha sobre os passeios públicos a serem implantados ou reformados pelo poder público, com vistas a garantir acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes, inclusive as que concentrem os focos geradores de maior circulação de pedestres, como os órgãos públicos e os locais de prestação de serviços públicos e privados de saúde, educação, assistência social, esporte, cultura, correios e telégrafos, bancos, entre outros, sempre que possível de maneira integrada com os sistemas de transporte coletivo de passageiros. ([Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015](#))

³⁹ Art. 30. Compete aos Municípios:

através dos **regulamentos administrativos** (art. 1.299⁴⁰) - que são os **regulamentos edilícios** das edificações particulares. A jurisprudência do STF, conforme expresso no RT 248/67, reconhece a legitimidade das imposições urbanísticas para o ordenamento urbano e o controle da construção, conforme se segue:

A autoridade municipal pode dispor sobre a segurança dos edifícios, sua harmonia arquitetônica, alinhamento, altura, ingressos, saídas, arejamento, enfim, acomodações às exigências que a vida humana, nas grandes cidades, vai tornando cada vez mais difícil (MEIRELLES, 2011, p. 128-129).

A regulamentação edilícia **objetiva** dois aspectos: **o ordenamento da cidade no seu conjunto**, através do traçado urbano, da regulação do uso do solo, zoneamento e disciplina dos loteamentos; e **o controle técnico-funcional da construção individualmente** considerada, que visa assegurar as condições mínimas de habitabilidade e funcionalidade das edificações (MEIRELLES, 2011, p. 120).

1.3.2.1.3 Delimitação da Zona Urbana

A delimitação da zona urbana deve ser feita por lei municipal: para **efeitos urbanísticos**, a fim de determinar o perímetro urbano, áreas de expansão e núcleos em urbanização; e **efeitos tributários**, de acordo com as diretrizes do Código Tributário Nacional, para arrecadar o imposto predial e territorial urbano (MEIRELLES, 2011, p. 120-121).

1.3.2.1.4 Traçado urbano

O Traçado urbano, segundo Meirelles, é o desenho geral da cidade. Contém seu levantamento topográfico, com a indicação do sistema viário, arruamento atual e futuro, alinhamento e nivelamento a serem observados nas construções, áreas verdes de preservação, etc. (2011, p. 121).

Nem sempre é efetuado Município, como no caso dos loteamentos particulares, os quais dependem sempre de aprovação na Prefeitura, que verificará a adequação daqueles às vias públicas existentes, ao Plano diretor bem como às normas urbanísticas.

[...] VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

⁴⁰ Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

Dentre as limitações urbanísticas que compõem o traçado urbano temos o arruamento⁴¹, o alinhamento⁴², salubridade⁴³, segurança⁴⁴ e a funcionalidade⁴⁵ da cidade.

1.3.2.1.5 Uso e ocupação do solo urbano

Outra norma que traz limitações urbanísticas a serem seguidas pelo arquiteto é a relativa ao uso e ocupação do solo urbano – matéria privativa de competência do Município.

A **Lei de ocupação e uso do solo urbano** *classifica os usos* e *estabelece* sua *conformidade com as zonas* em que se divide o perímetro urbano, buscando harmonizar o interesse coletivo com o direito individual no uso da propriedade particular, na localização e no exercício das atividades urbanas e de utilização do domínio público. Para tanto, o Poder Público estabelece imposições urbanísticas como aumento de tributos em terrenos não edificados, urbanização compulsória pelos proprietários, até desapropriação por interesse social e urbanização ou reurbanização pelo próprio Município (MEIRELLES, 2011, p. 127-128).

⁴¹ De acordo com Hely Lopes Meirelles: o **arruamento** é o traçado das vias públicas e espaços livres da cidade, requisito prévio para os loteamentos. Quando o loteamento é aprovado pela Prefeitura e inscrito no Registro de Imóveis, as áreas destinadas às vias públicas, espaços livres e equipamentos passam a integrar o domínio público do Município (conforme o art. 22 da Lei 6.766/1979). Para proteção desse domínio, a municipalidade fixa requisitos para abertura de vias e logradouros públicos, baseados nas imposições urbanísticas de funcionalidade, tais como largura, declividade, tipo de pavimentação das vias, arborização, etc. (MEIRELLES, 2011, p. 122-123).

⁴² o **alinhamento** “é a linha legal, traçada pelas autoridades municipais, que limita o lote em relação à via pública”. É ato unilateral da Prefeitura, uma vez estabelecido, impõe-se a todos os confrontantes da via pública, independente de indenização, salvo se modificado posteriormente e acarretar prejuízo às propriedades. Não se deve confundir *alinhamento* (que delimita o domínio público e a propriedade particular) com *recuo* das edificações (afastamento mínimo da edificação em relação à via pública ou ao vizinho - que não diminui a área do lote, é apenas impedimento de edificar). (MEIRELLES, 2011, p. 123).

⁴³ as imposições de **Salubridade** urbana visam manter a cidade um ambiente saudável propício ao desenvolvimento das atividades humanas, como a localização de indústrias perigosas, nocivas ou incômodas, exigência de espaços verdes nos loteamentos, recuo e afastamento das edificações, etc. (MEIRELLES, 2011, p. 124-125).

⁴⁴ as imposições de **segurança urbana** completam as de salubridade da cidade. As normas edilícias estabelecem o traçado das vias públicas, declividades máximas, etc., visando prevenir acidentes e diminuir riscos à população. Nessa modalidade, incluem-se medidas de combate e prevenção contra incêndios, inundações, efeito das marés, etc. Compete ao Município a realização das obras públicas necessárias e aos particulares em suas construções. A omissão da Prefeitura na execução de obras necessárias à segurança urbana, especialmente contra eventos periódicos previstos anualmente como enchentes e inundações acarreta responsabilidade civil ao Município, pela ineficiência do serviço público (MEIRELLES, 2011, p. 125).

⁴⁵ A **funcionalidade urbana** é importante para que a cidade possa corresponder às quatro funções sociais: habitação, trabalho, circulação e recreação. É necessário a limitação dos usos da propriedade particular e o condicionamento das construções a índices técnicos e a preceitos urbanísticos de funcionalidade da cidade.

O art. 4º do **Estatuto da cidade** (lei 10.257/2001)⁴⁶ traz diversos meios (instrumentos de política urbana) para atingir os objetivos que se propõe: instrumentos de planejamento, instrumentos tributários, instrumentos jurídicos e instrumentos ambientais (MEIRELLES, 2011, p. 160).

Dentre os *instrumentos de planejamento*, um dos mais importantes é o **Plano Diretor**, que, de acordo com o art. 40⁴⁷ deve ser aprovado por lei, tem força de lei, deve ser elaborado de modo participativo (conforme o §4º do art. 40) e servir como instrumento de realização da função social da propriedade, conforme o art. 39⁴⁸ do Estatuto e o art. 182, §2º⁴⁹ da Constituição federal (MEIRELLES, 2011, p. 161). Quanto aos *instrumentos tributários*, há a possibilidade de instituição de ***IPTU progressivo***, previsto no art. 156, I, §1º⁵⁰ da Constituição

⁴⁶ Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; d) plano plurianual; e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual; f) gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social;

IV – institutos tributários e financeiros:

a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU; b) contribuição de melhoria; c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;

V – institutos jurídicos e políticos:

a) desapropriação; b) servidão administrativa; c) limitações administrativas; d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; e) instituição de unidades de conservação; f) instituição de zonas especiais de interesse social; g) concessão de direito real de uso; h) concessão de uso especial para fins de moradia; i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; j) usucapião especial de imóvel urbano; l) direito de superfície; m) direito de preempção; n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; o) transferência do direito de construir; p) operações urbanas consorciadas; q) regularização fundiária; r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; s) referendo popular e plebiscito; t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; u) legitimação de posse;

VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

⁴⁷ Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

[...] § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

⁴⁸ Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

⁴⁹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

⁵⁰ Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

federal. O art. 7º do Estatuto⁵¹ prevê a majoração de alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos; decorridos o prazo, a alíquota máxima permanecerá, exceto se o proprietário der efetiva utilização ao imóvel. Já dos *instrumentos jurídicos*, pelo art. 4º, destacam-se as *desapropriações*⁵²; as limitações administrativas; parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e a outorga onerosa do direito de construir⁵³ (MEIRELLES, 2011, p. 161-162).

O Estatuto da Cidade manteve, como meio de implementar a política urbanística, os *instrumentos ambientais* de EIA – **Estudo de Impacto ambiental** e introduziu o EIV – **Estudo de impacto de vizinhança**-, que visam assegurar a preservação do ambiente urbano. O EIV analisa os efeitos positivos e negativos de determinado empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades. Conforme o art. 37⁵⁴ do Estatuto da Cidade, o EIV deverá focar nos aspectos adensamento populacional, equipamentos urbanos e comunitários, uso e ocupação do solo, valorização imobiliária, geração de tráfego e demanda por transporte público, ventilação e iluminação, paisagem urbana e patrimônio natural e cultural. Esses estudos são anteriores a construções e empreendimentos que possam impactar ambientalmente a área de intervenção ou até a região,

[...] I - propriedade predial e territorial urbana;

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel

⁵¹ Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

⁵² As **desapropriações** do Estatuto da cidade não são as comuns por necessidade ou utilidade pública e por interesse social (com indenização em dinheiro, regidas pelo Decreto-lei 3.365/1941 e pela Lei 4.132/1962), mas são desapropriação-sanção. No art. 8º do Estatuto, aplicável apenas a imóveis urbanos que não estejam cumprindo sua função social, localizado no Plano Diretor, em área prevista para este tipo de desapropriação, desde que o proprietário, devidamente notificado, não tenha dado a utilização ao imóvel e tenha transcorrido o prazo de cinco anos de cobrança de IPTU progressivo. (MEIRELLES, 2011, p. 163).

⁵³ A outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso também é chamada de “solo criado”. Parte da ideia de que cada proprietário, ao edificar em sua área vários andares, estaria criando novos solos, pelos quais deveria pagar determinado valor aos cofres públicos, para compensar os encargos e custos que a verticalização acarreta à prestação dos serviços públicos. (MEIRELLES, 2011, p. 171-172).

⁵⁴ Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

I – adensamento populacional; II – equipamentos urbanos e comunitários; III – uso e ocupação do solo; IV – valorização imobiliária; V – geração de tráfego e demanda por transporte público; VI – ventilação e iluminação; VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

assim, sendo importante sua implementação pelos profissionais atuantes, dentre eles, o arquiteto.

1.3.2.1.6 Zoneamento urbano

O Zoneamento urbano, importante espécie de limitação urbanística, segundo Meirelles, consiste na “**repartição da cidade e das áreas urbanizáveis segundo a sua precípua destinação de uso e ocupação do solo**” (2011, p. 129). (grifo nosso)

O zoneamento estabelece as áreas residenciais, comerciais, industriais e institucionais; ordena a circulação e o trânsito no perímetro urbano; zonas de expansão urbana, etc. As normas de zoneamento são modificadas apenas por lei municipal.

As *zonas residenciais* destinam-se à moradia, com requisitos especiais de salubridade, segurança e tranquilidade para o bem-estar de seus habitantes, e para isso, as normas edilícias impõem condições como não permitir ruídos incômodos ou maus odores de indústrias, pois a habitação tem preferência sobre os demais usos. Para as *zonas comerciais*, indica-se que o comércio varejista se localize próximo ou em setores das áreas residenciais para seu abastecimento; e o atacadista, mais distante, pelo tráfego pesado gerado. As *zonas industriais*, devem ser distante das residenciais pela geração de ruído, despejos de resíduos, etc., nos chamados “distritos industriais”, fora do perímetro da cidade, com infraestrutura necessária. As *zonas institucionais* concentram as instituições administrativas, educacionais, sociais (creches, hospitais), e outras. As *zonas mistas* são as de ocupação promíscua com residências, comércio, indústria e outras, sem indicação de uso específico, sem usos desconformes, sendo todos admitidos (MEIRELLES, 2011, p. 132-134).

A divisão da cidade por zonas visa atribuir a cada setor um uso específico, assim, existem os usos conformes, os usos desconformes, e os usos tolerados. Os *usos conformes* são os permitidos, geram direito subjetivo de seus titulares, não podendo a Prefeitura impedi-los e nem negar alvará de licença. Uma vez iniciados, geram direito adquirido, mesmo que se altere o zoneamento posteriormente, mas ficam impedidos de alteração ou ampliação daí por diante. Os *usos desconformes* são os que a lei considera incompatíveis com o local. Se sobrevierem ao zoneamento, poderão ser impedidos sem qualquer indenização; se o antecederem, constituem pré-ocupação, com direito adquirido à sua permanência e continuidade nas condições originais (sem possibilidade de alteração ou ampliação). Os *usos tolerados* são admitidos em condição especial, não reconhecidos como conformes, mas também chegam a ser desconformes. São exercidos mediante alvará de autorização, de caráter

precário, ensejam revogação sumária a qualquer tempo. Não geram direito subjetivo ao seu exercício, nem à sua continuidade (2011, p. 131).

1.3.2.1.7 Loteamento

É a forma usual de expansão das zonas urbanas. Meirelles conceitua loteamento como a “**divisão voluntária do solo em unidades edificáveis (lotes) com abertura de vias e logradouros públicos, na forma da legislação pertinente**”. O *loteamento* distingue-se do *desmembramento*, que é a “simples divisão de área urbana ou urbanizável com aproveitamento das vias públicas existentes” (MEIRELLES, 2011, p. 134)⁵⁵. (grifo nosso)

A **lei federal 6.766/1979** que dispõe sobre o *parcelamento do solo para fins urbanos*, estabelece parâmetros mínimos de urbanização de glebas e de habitabilidade dos lotes, que podem ser complementados com maior rigor pelos Municípios. A Lei 9.785/1999 modificou parcialmente a anterior, visando facilitar loteamentos de habitações populares (MEIRELLES, 2011, p. 136-138).

Os loteamentos estão sujeitos a **restrições convencionais e legais**: as *convencionais* são as que o loteador estabelece no plano de loteamento, arquiva no Registro Imobiliário e transcreve nas escrituras de alienação dos lotes como cláusulas urbanísticas a serem observadas; as **restrições legais** são as impostas pelas normas edilícias, tem supremacia sobre as convencionais e as derrogam quando o interesse público exigir.

Pelacani traz o julgado do TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, que demonstra a obrigatoriedade de seguir as restrições convencionais e legais, sob pena de demolição:

DIREITO DE CONSTRUIR – DEMOLIÇÃO – LOTEAMENTO – RESTRIÇÃO CONVENCIONAL IMPOSTA PELO LOTEADOR – OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* – PROJETO APROVADO OBSERVANDO TAIS RESTRIÇÕES – OBRIGAÇÃO COMUM ASSUMIDA PELO PROPRIETÁRIO DE EXECUTAR A OBRA SEGUNDO O PROJETO APROVADO – DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – IRRELEVÂNCIA DA CONCESSÃO DO “HABITE-SE” PELA PREFEITURA MUNICIPAL, EM DECORRÊNCIA DE LEI DE ANISTIA DAS CONSTRUÇÕES IRREGULARES – ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO, QUE ESTÁ INCÓLUME AOS EFEITOS DA LEI (ARTIGO 5º, XXXVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – Recurso provido – Segundo o nosso direito, a **regra é a liberdade de construir**, mas as **restrições e limitações a esse direito**

⁵⁵ O loteamento e o desmembramento são modalidades de parcelamento do solo: *loteamento* é meio de urbanização, feito por procedimento formal do proprietário da gleba (com projeto submetido à aprovação na Prefeitura e posterior inscrição no Registro de Imóveis), com a transferência gratuita das áreas das vias públicas e espaços livres ao Município; o *desmembramento* é apenas a repartição da gleba, sem urbanização, podendo ocorrer pela vontade do proprietário (venda, doação, etc.) ou por imposição judicial (arrematação, partilha, etc.) sem transferência de área ao domínio público.

formam as **exceções**, e somente são admitidas quando expressamente previstas em lei, regulamento ou contrato. Quando previstas em Regulamento do Loteamento, e consignadas do título traslativo da propriedade, constituem obrigação *propter rem*, isto é, obrigação daquele que é o titular da propriedade. Daí que a concessão do “habite-se” pela Prefeitura Municipal por força de lei que concedeu anistia às construções irregulares, não elide a obrigação do devedor, em face da proteção outorgada pela Carta Magna ao ato jurídico perfeito e acabado (Artigo 5º, XXXVI). Não estando a edificação de acordo com as restrições negociais, e nem com o projeto aprovado segundo a obediência dessas restrições, impõe-se a correção das irregularidades, demolindo-se a parte da construção em desacordo com tais restrições. (TJSP – 9ª Câ. de Direito Privado; Ap. Cível n.º 63745.4/5-Barueri-SP; Rel. Des. Ruiter Oliva; j. 21.10.1997 apud Caderno do CREA-PR, n.7, p. 35).

É considerado crime a construção de loteamentos clandestinos sem aprovação e registros regulares, (art. 50 e 52 da Lei 6.766/1979)⁵⁶. A Prefeitura deve impedir, mediante embargo de obras, exigindo a devida regularização conforme legislação. O art. 4º do Estatuto da Cidade prevê a regularização fundiária dos loteamentos clandestinos ocupados por população de baixa renda como um dos seus instrumentos de atuação urbanística (MEIRELLES, 2011, p. 140-141).

1.3.2 Limitações de Higiene e segurança públicas

A *segunda espécie de Limitações administrativas* são as que estabelecem a proteção à Higiene e Segurança públicas, que regulamentam as construções em sua localização adentrando em todos os seus ambientes, *visando à preservação da saúde e incolumidade física das pessoas*. Compete às três entidades estatais (União, Estados e Municípios) sua

⁵⁶ Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública.

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

II - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;

III - fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

Pena: Reclusão, de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Art. 52. Registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, registrar o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado.

Pena: Detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

regulamentação concorrentemente, conforme o art. 24, XII e §1º⁵⁷ c/c art. 30, VII⁵⁸ da Constituição federal.

O construtor fica sujeito ao atendimento das condições da Legislação Sanitária estadual, ao Código de Obras municipal e às exigências especiais da CLT, ou seja, à salubridade e segurança dos locais de trabalho (MEIRELLES, 2011, p. 147). Além desses, aos regulamentos do Corpo de Bombeiros, que prescrevem condutas para prevenção de incêndios ou eventos que possam ferir a incolumidade física dos usuários das edificações.

Os regulamentos municipais de higiene e segurança *visam o controle técnico-funcional das edificações* particulares e públicas, além de gêneros alimentícios de consumo local. Preveem *exigências* como *solidez da construção*, com *aeração, insolação, altura máxima*, etc. Para policiar as construções, a Municipalidade subordina as construções e reformas à aprovação de projeto elaborado por profissional legalmente habilitado, com a ocupação permitida somente após vistoria e expedição de alvará de utilização, o “habite-se”. Em vistoria, caso encontre desconformidades com as exigências legais, o poder municipal pode interditar e demolir, ou permitir a adaptação às condições oficiais (MEIRELLES, 2011, p. 149-150).

1.3.3 Tombamento de patrimônio histórico

Meirelles traz que a doutrina não é pacífica quanto à natureza jurídica do tombamento, alguns entendem ser simples *limitação administrativa*; outros uma *servidão administrativa*, pelo fato de gerar direito à indenização, na medida dos danos ou das restrições impostas à propriedade. Segundo Meirelles, Tombamento é:

a declaração, pelo Poder Público, do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio (2011, p. 153).

⁵⁷ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

[...] § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

⁵⁸ Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

A Constituição federal, em seu art. 216⁵⁹, dispõe que cabe ao Poder Público, a proteção do patrimônio por meio de inventário (tombamento) e vigilância desses bens.

A competência para legislar sobre a matéria é concorrente à União e aos Estados, conforme o art. 24, VII da Constituição federal, cabendo aos Municípios a legislação suplementar e local. No âmbito federal, cabe ao IPHAN – Instituto Brasileiro do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, nos demais âmbitos, aos órgãos criados para essa proteção.

A norma nacional que trata do tombamento é o **Decreto-lei 25/1937**, é procedimento administrativo vinculado. Como acarreta restrições ao direito de propriedade, deve-se observar o devido processo legal, e caso haja descumprimento de formalidades legais, nulo será o tombamento, podendo ser pronunciado pelo Judiciário (MEIRELLES, p. 153-154).

Conforme o art. 17⁶⁰ do **Decreto-lei 3.866/1937**, as coisas tombadas, embora permaneçam no domínio e posse de seus proprietários não poderão ser demolidas, destruídas ou mutiladas, pintadas ou reparadas, sem prévia autorização do IPHAN, sob pena de multa de 50% do dano causado. O art. 18⁶¹ prevê que não poderá ser construído na vizinhança de imóvel tombado, qualquer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade.

Quanto à necessidade de indenização, Meirelles conclui que:

o tombamento de uma obra de arte que permita ao seu dono continuar na sua posse e no seu desfrute não exigirá indenização, mas o tombamento de uma área urbana ou rural que impeça a edificação ou a sua normal exploração econômica há de ser indenizado (2011, p. 157-158).

A seguir, no segundo capítulo passaremos a estudar a responsabilidade civil do Estado decorrente de obras públicas para, posteriormente, no terceiro capítulo nos determos especificamente na responsabilidade do arquiteto servidor público.

⁵⁹ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

⁶⁰ Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

⁶¹ Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ao abordarmos a responsabilidade civil do arquiteto servidor público, é necessário inicialmente trazermos os principais conceitos utilizados no tratamento da responsabilidade civil do Estado, do qual o arquiteto faz parte, enquanto agente. Além disso, faremos breve relato sobre sua evolução histórica, em seguida, trataremos das teorias que abordam a responsabilidade civil do Estado, seus fundamentos, pressupostos, as pessoas jurídicas que estão sujeitas à responsabilidade estatal e as excludentes de responsabilidade do Estado.

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

San Tiago Dantas, citado por Cavalieri Filho, em sua obra *Programa de responsabilidade civil*, afirma que o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito (atividade do homem que se comporta conforme o direito) e reprimir o ilícito (atitudes contrárias ao direito). Para atingir esses objetivos, o direito estabelece deveres que podem ser positivos, de dar ou fazer; ou negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa; ainda, o dever de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito romano através da máxima *neminem laedere*. Dever jurídico é a conduta externa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social, criando obrigações às pessoas. A violação de um dever jurídico configura o ilícito que, quase sempre gera dano a terceiro, o que gera novo dever jurídico, o de reparar o dano causado. Há, assim, o dever jurídico primário ou originário, cuja violação gera o dever jurídico sucessivo, de reparar, indenizar pelo dano causado. (2014, p. 13)

Cavalieri Filho afirma que só se cogita responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida e a ocorrência de dano. Resume responsabilidade civil como:

dever jurídico sucessivo que surge para **recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário**. [...] Toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (2014, p. 14) (grifo nosso)

Rui Stoco afirma que o princípio do *neminem laedere* (não lesar ninguém) e do *alterum laedere* (não lesar outrem) dão a dimensão do sentido de responsabilidade, pois a ninguém é permitido lesar outra pessoa sem a consequência de imposição de sanção. No

âmbito civil, o dever de reparar assegura que o lesado, enquanto pessoa individualizada, tenha o seu patrimônio - material ou moral – reconstituído ao *status quo ante*, mediante a *restitutio in integrum* (2013, p. 157).

A doutrina classifica a responsabilidade civil, quanto à natureza jurídica da norma violada em responsabilidade contratual e extracontratual; e em função da culpa, em responsabilidade objetiva e subjetiva. Na responsabilidade civil contratual, estuda-se a responsabilidade derivada dos contratos efetuados pela Administração; a extracontratual deriva das atividades estatais sem qualquer conotação contratual. Na presente pesquisa trataremos da responsabilidade extracontratual do Estado.

Assim, passaremos a relatar o conceito de responsabilidade civil do Estado por parte de alguns doutrinadores que tratam especificamente do tema.

Yussef Said Cahali, em sua obra *Responsabilidade civil do Estado* define a responsabilidade civil do Estado como: “**A obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades**” (2007, p. 13). (grifo nosso)

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra *Direito Administrativo*, afirma que quando se fala em responsabilidade do Estado está se tratando das três funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a legislativa e a judiciária. Assim, define a autora:

Pode-se dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado correspondente à **obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos**, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, **imputáveis aos agentes públicos** (2011, p. 643). (grifo nosso)

No presente estudo, trataremos apenas dos danos ocorridos no desempenho da função administrativa do Estado.

Yussef Cahali afirma que o Estado, sendo pessoa jurídica de direito público, organiza-se em uma estrutura complexa, desdobra-se em **órgãos**, mas não prescinde do elemento humano, da pessoa física na execução de suas tarefas: são os seus **agentes**, servidores, prepostos, aos quais delega atribuições ou poderes para agir, de tal modo que os atos por estes praticados representam atos da própria entidade estatal. A Administração Pública só pode realizar as atividades que lhe são próprias através de agentes ou órgãos vivos (funcionários e servidores), de tal modo que a ação da Administração pública, como ação do Estado, se traduz em atos de seus funcionários. Assim, as pessoas investidas da função de tornar concreta a atividade do Estado podem eventualmente provocar dano a terceiros (2007, p. 13).

Di Pietro afirma que a responsabilidade patrimonial pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do Poder Público, resultando dano a terceiro por comportamento comissivo ou omissivo de agente estatal:

Ao **contrário do direito privado**, em que a **responsabilidade exige** sempre um **ato ilícito** (contrário à lei), no **direito administrativo** ela **pode decorrer** de **atos** ou comportamentos que, **embora lícitos, causem a determinadas pessoas um ônus maior do que o imposto aos demais membros** da comunidade (2011, p. 642).
(grifo nosso)

Os doutrinadores, ao tratar do tema responsabilidade civil do Estado, classificam os atos danosos devido à atividade administrativa, à atividade legislativa e judiciária. Neste estudo, nos deteremos apenas aos atos administrativos relativos à obras públicas (atividade administrativa), pois estas se relacionam diretamente com a responsabilidade civil do agente público arquiteto, foco deste trabalho

Conforme Cavalieri Filho, em relação à responsabilidade civil do Estado, em nosso ordenamento jurídico vige a *Teoria do risco administrativo* ou *teoria da responsabilidade objetiva* porque prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (culpa e dolo) - também é chamada de *teoria do risco*, por entender que a atuação estatal envolve risco de dano, que é inerente (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 286). A teoria do risco administrativo, imaginada por Léon Duguit considera que:

a **Administração Pública**, em sua atuação normal ou anormal, **gera risco aos seus administrados**, pois há a **possibilidade de ocorrência de dano** aos membros da comunidade. Como a **atividade estatal é exercida em favor de todos**, seus **ônus também devem ser suportados por todos**, e **não apenas por alguns**. Consequentemente, o **Estado**, que a todos representa, **deve suportar os ônus da sua atividade, independente de culpa de seus agentes** (2014, p. 287).

Já a *Teoria do Risco integral* é a modalidade extremada da doutrina do risco que justifica o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. O autor explica que, se fosse admitida a teoria do risco integral em relação à Administração Pública ficaria o Estado obrigado a indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular, ainda que não decorrente de sua atividade, pois estaria impedido de invocar as causas de exclusão do nexo causal, o que conduziria a abuso. Esclarece que qualquer que seja o rótulo ou qualificação que se dê à teoria que justifica o dever de indenizar do Estado, não poderá ser ele responsabilizado quando não existir relação de causalidade entre a sua atividade e o dano suportado pelo particular (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 288).

A **Constituição federal de 1988** disciplinou a **responsabilidade civil do Estado no §6º do art. 37:**

As **pessoas jurídicas de direito público** e as de **direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos** que **seus agentes**, nessa qualidade, **causarem a terceiros**, assegurado o **direito de regresso contra o responsável** nos casos de **dolo ou culpa**.

Cavaleri Filho explica que a expressão “*seus agentes, nessa qualidade*” evidencia a adoção da **teoria do risco administrativo** como fundamento da responsabilidade da Administração Pública e não a teoria do risco integral, pois condicionou a responsabilidade objetiva do poder Público *ao dano decorrente da sua atividade administrativa*, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano⁶².

A **Constituição federal de 1988, no seu art. 37, §6º**, manteve o risco da atividade administrativa como fundamento da responsabilidade civil do Estado e a estendeu a todos os prestadores de serviços públicos. O **Código de defesa do consumidor** de 1990, em seus **arts. 12 e 14 estabeleceu a responsabilidade objetiva** para o fato do produto e do serviço, com o fundamento do risco da atividade (risco criado, risco do empreendimento) dos fornecedores nas relações de consumo.

Conforme Di Pietro, o **Código Civil** acolheu expressamente a teoria da responsabilidade objetiva ligada a ideia de risco, através do **parágrafo único do art. 927:**

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá **obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa**, nos casos **especificados em lei**, ou quando a **atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar**, por sua natureza, **risco para os direitos de outrem** (2011, p. 647). (grifo nosso)

Cavaleri Filho traz que a Teoria do Risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexos causal, ou seja, por fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. O **dever jurídico da Administração cujo descumprimento enseja o dever de indenizar é o dever de segurança**. O Estado tem o dever de realizar sua atividade administrativa, mesmo perigosa, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a

⁶² Cita o voto paradigma do RE no. 130.764-PR, 1992, do Min. Moreira Alves: A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da Emenda Constitucional no. 1/69 (e, atualmente, no §6º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexos de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 291)

ninguém. Está vinculado a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independente de culpa. Nas palavras de Cavalieri Filho:

Quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a **não causar dano a outrem**, sob pena de ter que **responder independentemente de culpa**. Aí está, em nosso entender, a **síntese da responsabilidade objetiva**. Se, de um lado, a ordem jurídica permite e até garante a liberdade de ação, a livre iniciativa, etc., de outro, garante também a plena e absoluta proteção do ser humano. Há um **direito subjetivo à segurança cuja violação justifica a obrigação de reparar o dano sem nenhum exame psíquico ou mental da conduta de seu autor**. Na **responsabilidade objetiva**, portanto, **a obrigação de indenizar parte da ideia de violação do dever de segurança**. (2014, p. 221)

A seguir, analisaremos quais as condições para se configurar a responsabilidade civil objetiva do Estado (os pressupostos).

2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dado que a responsabilidade civil do Estado, conforme preceitua o §6º do art. 37 da Constituição federal é objetiva, lembremos brevemente os pressupostos específicos da responsabilidade civil objetiva do Estado: evento danoso, o nexo de causalidade material e a qualidade de agente na prática do ato.

Di Pietro enumera os **pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado**:

- a) que seja *praticado* ato lícito ou ilícito por *agente público*;
- b) que esse ato cause *dano específico* (porque atinge apenas um ou alguns membros da comunidade) e *anormal* (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal);
- c) que haja *nexo de causalidade* entre o *ato do agente público e o dano* (DI PIETRO, 2011, p. 646).

Modificando a ordem estabelecida na enumeração feita pela autora, ao citar os pressupostos da responsabilidade civil, analisaremos inicialmente o dano.

2.2.1 Dano

Para Cavalieri Filho, *dano* é:

lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, imagem, liberdade, etc. Em suma, **dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral**, vindo daí a conhecida divisão em dano patrimonial e moral (2014, p. 93). (grifo nosso)

O dano material ou patrimonial é o que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima (conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente). Abrange as coisas corpóreas, mas também as incorpóreas, como os direitos de crédito, direitos autorais não respeitados, etc. Envolve a noção de prejuízo, de diminuição do patrimônio, pode atingir também o patrimônio futuro, não apenas diminuindo (dano emergente, diminuição imediata do patrimônio) como impedindo seu crescimento (lucros cessantes, frustração da expectativa de lucro, como a paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima). O dano emergente é o que se perdeu, sendo que a indenização (o ressarcimento) deve ser suficiente para a *restitutio in integrum* (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94).

Pelacani cita Grandiski, quando afirma que dano na construção “é toda consequência provocada por falhas construtivas”. Juridicamente falando, é considerado como qualquer lesão causada a um bem jurídico. Segue citando Agostinho Alvim: “aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável” (2010, p.44).

Segundo Yussef Cahali, o **dano ressarcível** pode ter diferentes origens, mas tem como característica o fato de ser injusto para o particular prejudicado, pois lesivo a seu direito subjetivo. Nas palavras do autor:

no plano da responsabilidade objetiva do direito brasileiro, o **dano ressarcível** tanto resulta de um **ato doloso ou culposo do agente público** como, também, de ato que, **embora não culposos ou revelador de falha na máquina administrativa ou do serviço**, tenha-se caracterizado como *injusto para o particular*, como lesivo ao seu **direito subjetivo** (2007, p. 68).

Weida Zancaner Brunini, em sua obra *Da responsabilidade extracontratual da Administração pública*, considera que as **características dos danos ressarcíveis** são diferentes conforme sejam provenientes de atividades lícitas ou ilícitas (1981, p. 66).

Os **danos provenientes de atividades ilícitas** são **sempre antijurídicos**, assim devem:
a) ser **certos** e não eventuais, podendo ser atuais ou futuros; b) **atingir situação jurídica legítima**, suscetível de configurar um direito, quando menos, um interesse legítimo.

No caso de **danos resultantes de atividades lícitas**, após o exame da legalidade da atividade, é necessário ainda, além os requisitos anteriores: c) que **dano seja anormal**; d) que o **dano seja especial**, isto é, relativo a uma pessoa ou a um grupo de pessoas (ZANCANER, 1981, p. 66-67).

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, defende que o dano deve ser especial:

Na responsabilidade dos entes públicos por **danos emergentes de actos ilícitos** não se condiciona o dever reparatório do Estado à verificação de um dano especial e grave. Nestes casos, mesmo que o número de lesados seja grande e os prejuízos de pequena gravidade, **vigora sempre, o princípio do ressarcimento de todos os danos**. Mas bem compreende que nos casos de sacrifícios impostos autoritativamente através de medidas legítimas, ou de danos derivados de actividades perigosas mas lícitas, a inadmissibilidade de indemnização de danos generalizados e de pequena gravidade seja a regra. Os pequenos sacrifícios, oneradores de alguns cidadãos, constituem simples encargos sociais, compensados por vantagens de outra ordem proporcionadas pela actuação da máquina estatal. Se o dano não exceder os encargos normais exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da existência e funcionamento dos serviços públicos, não há lugar ao pagamento de indemnização, sob pena de insolúveis problemas financeiros, paralisadores da atividade estadual.

[...] Havendo um **encargo generalizado, vedado** está, em via de princípio, pretender demonstrar a **imposição de um sacrifício desigual perante os outros concidadãos**.

[...] 2- Especial, afirma-se, é o contrário de geral e, por isso, **dano especial é aquele que atinge um indivíduo ou grupo de indivíduos** (CANOTILHO, 1971, p. 271-273) (grifo nosso)

Em relação à anormalidade do dano o autor afirma:

Ora, a anormalidade do dano, de acordo com o já exposto, não pode nem deve substituir a necessidade da especialidade do prejuízo. Caso contrário, mesmo os danos generalizados de excepcional gravidade mereceriam tutela reparatória já que, sendo anormais, eram, *ipso facto*, especiais.

A ideia da exigência destes dois requisitos de responsabilidade objectiva só pode fundar-se na necessidade de um duplo travão ou limite:

- 1) evitar a sobrecarga do tesouro público, limitando o reconhecimento de um dever indemnizatório do Estado ao caso de danos inequivocamente graves.
- 2) - procurar **ressarcir os danos** que, sendo **graves, incidiram desigualmente sobre certos cidadãos**.

Introduzem-se, assim, dois momentos perfeitamente diferenciáveis: em primeiro lugar, saber se um cidadão ou grupo de cidadãos foi, através dum encargo público, colocado em situação desigual aos outros; em segundo lugar, constatar se o ónus especial tem gravidade suficiente para ser considerado sacrifício (CANOTILHO, 1971, p. 282-283) (grifo nosso)

Caiali afirma que o dano deve ser anormal, excepcional, individualizado, que ultrapassa, por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade (CAHALI, 2007, p. 69).

O autor cita Otávio de Barros quando afirma que qualifica-se o **dano como injusto** na medida em que “rompe o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”. Tratando-se de dano particular, singularizado, a questão tem sido resolvida em termos de excepcionalidade e permanência⁶³ (CAHALI, 2007, p. 69 – 71).

⁶³ Em obras viárias, como viadutos, em certos casos inviabiliza a atividade de estabelecimento comercial (posto de abastecimento de combustível com acesso bloqueado), como no julgado TJSP, 4ª Câmara, de 18.04.1974, RT

2.2.2 Nexo de causalidade material

Reconhecer o nexo causal é **identificar a causa do resultado danoso**, a **relação** entre a **conduta** (comissiva – ativa ou omissiva- não ação) do agente e o **resultado danoso**.

Cahali traz o julgado do TJSP, 2ª Câmara, 09.09.1980, RJTSP 68/145 e TJRS, 2ª Câmara:

Quando a lei diz “danos que seus funcionários, nessa qualidade, *causarem* a terceiros”, implica reconhecer que a causação *relaciona* o dano com o ato comissivo ou omissivo do agente. Impende que **exista um nexo causal entre o fato e o resultado**. Se o fato não for tributável diretamente ao agente, não for o efeito etiológico, inexistirá a consequente relação de causalidade e responsabilidade. Assim, se o **resultado é efeito imediato, direto, do fato**, este tem o **poder de causação daquele** (CAHALI, 2007, p. 74). (grifo nosso)

A Administração atua através de seus órgãos, que se utilizam de pessoas físicas como seus agentes; assim, a responsabilidade da pessoa coletiva é resultante da atuação de indivíduos que agem em nome da Administração. Assim concluíram os julgados do TJSP, 1ª Câmara, 18.03.1975, RT 484/68; TJMG, 3ª Câmara, 04.10.1979, RT 539/174:

Estabelecido o liame causal, a decorrência do dano à causa da atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seus agentes, exsurge daí o dever de indenizar (CAHALI, 2007, p. 74).

Cahali ressalta que o STF, ao examinar a causa geradora da responsabilidade civil do Estado, manifestou-se no sentido de que a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a **teoria do dano direto e imediato** (ou teoria da interrupção do nexo causal).

Baseado em Augusto Alvim, o autor afirma que a teoria só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, que abarca o dano direto e imediato sempre e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando para a produção deste, não haja concausa⁶⁴ sucessiva. Nas palavras de Alvim:

Os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ter efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto que não existam estas, aqueles danos são indenizáveis (CAHALI, 2007, p. 76).

469/71: O prejuízo especial ou singular e não universal é que enseja ressarcimento, pois apenas algumas pessoas foram prejudicadas pela atividade administrativa enquanto a generalidade foi poupada. Já quanto à queda de movimento comercial temporária durante as obras, o incômodo não enseja indenização.

⁶⁴ *Concausas* entendidas como circunstâncias anteriores, concomitantes ou posteriores à ação, que influem sobre o processo causal interrompendo-o ou simplesmente o desviando de seu curso normal (CAHALI, 2007, p. 78).

Para que a conexão seja adequada entre o fato e o resultado, é necessário que exista essa mesma relação entre os elos da cadeia causal quando o evento não está vinculado imediatamente à ação; isto é, não basta que a ação seja idônea para produzir o resultado, mas *é necessário que essa regularidade exista em cada etapa da série causal*. Como exemplo, o autor traz o caso em que o agente fere a vítima e esta falece posteriormente no hospital em virtude de erro médico (há relação adequada entre a agressão e a lesão, mas não entre aquela ação e a morte).

Assim, importa a aplicação da **teoria da causalidade adequada**⁶⁵, pois esta permite encontrar soluções coerentes em casos de distorção de relação causal. Deve-se considerar se o dano sofrido pelo particular vincula-se direta e adequadamente ao ato (comissivo ou omissivo) imputado ao agente da Administração (CAHALI, 2007, p. 78-79).

2.2.3 A qualidade de agente na prática do ato

O Estado, como pessoa jurídica, somente pode agir por meio de seus representantes, agentes ou prepostos. O art.43⁶⁶ do Código Civil refere-se a responsabilidade estatal relativo a “atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros”. E o art. §6º do art. 37⁶⁷ da Constituição federal também cita a expressão *agentes*.

⁶⁵ Teorias acerca da relação de causalidade, baseados em Roberto Brebbia:

- *Teoria da equivalência das condições*: todas as condições que conduzem a um resultado são causa desse resultado, sejam mediatas ou imediatas. Um fenômeno é *condição* de outro quando, suprimindo-o mentalmente, impossível admitir que o fato consequente teria se produzido como ocorreu (condição *sine qua non*). Basta que o sujeito tenha realizado uma *condição* desse resultado para que exista uma relação causal);

- *Teoria da causalidade eficiente*: as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes e, existe sempre um antecedente que, em virtude de um poder qualitativa ou quantitativamente apreciado, é a verdadeira causa do evento; assim, *causa* é a que tem o intrínseco poder de produção do fenômeno;

- *Teoria da causalidade adequada*: diferente da doutrina da equivalência, defende que não basta que um fato seja a *condição* de um resultado para que o agente se possa considerar autor desse evento, *toda vez que as condições não sejam equivalentes* (CAHALI, 2007, p. 75-77).

⁶⁶ Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

⁶⁷ Art. 37. [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Cahali explica o significado do termo “*agentes*”, como *gênero* de todas as categorias de servidores públicos (civis e militares) vinculados à Administração Pública direta, ou não-servidores públicos (servidores particulares, como dirigentes, prepostos, empregados) vinculados à Administração Pública indireta (ou às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos), sem exceção e independentemente do regime jurídico geral ou especial, que constituem as *espécies*. Assim, o próprio particular, sem vinculação estatutária, mas de mera preposição do órgão público, encontrando-se a serviço deste, poderá, com seu ato, vincular a responsabilidade estatal (CAHALI, 2007, p. 82).

Di Pietro afirma que a **regra da responsabilidade objetiva exige**, segundo o art. 37, §6º da Constituição federal:

1. Que o ato lesivo seja ***praticado por agente de pessoa jurídica de direito público*** (que são as mencionadas no art. 41 do Código Civil) ***ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público*** (o que inclui empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do poder Público, a qualquer título, para a prestação de serviço público);
2. Que as entidades de direito privado prestem serviço público, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; as que prestam serviço público respondem objetivamente, nos termos do dispositivo constitucional, quando causem dano decorrente da prestação de serviço público; mesmo as concessionárias e permissionárias de serviço público e outras entidades privadas somente ***responderão objetivamente*** na medida em que os ***danos por ela causados sejam decorrentes da prestação de serviço público***;
3. que seja causado ***dano*** a terceiros, ***em decorrência da prestação de serviço público***; aqui está o ***nexo de causa e efeito***; [...] o STF retomou o seu entendimento anterior, favorável à existência de responsabilidade objetiva decorrente de dano causado a terceiro, independentemente da qualidade de usuário do serviço público; [...]
4. que o ***dano seja causado por agente*** das aludidas ***pessoas jurídicas***, o que ***abrange todas as categorias***, de ***agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração***, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço.
5. que o ***agente ao causar o dano, aja nessa qualidade***; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções (2014, p.650). (grifo nosso)

Cahali cita Amaro Cavalcanti, ao comentar o art. 43 do Código civil, entende que:

o representante age nessa qualidade: 1) Quando pratica o ato no exercício de suas funções e dentro dos limites de sua competência; 2) Quando pratica o ato, mesmo com *excesso de poder*, mas revestido de autoridade do cargo, ou servindo-se dos meios deste, isto é, meios de que não poderia dispor na ocasião se não se achasse na posse do cargo; 3) quando o cargo tenha influído, como *causa ocasional* do ato (CAHALI, 2007, p. 84). (grifo nosso)

Reitera que não mais se exige que o agente tenha agido na qualidade de “representante do Estado”, mas que encontre-se no exercício de uma atividade ou função pública, quando da

causação do dano. Para a vinculação da pessoa jurídica é essencial que o fato tenha sido a oportunidade para a prática do ato danoso ensejada pela sua condição de funcionário ou agente da entidade.

Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, ao comentar a palavra *agente*, interpreta com sentido genérico de servidor público, abrangendo todas as pessoas incumbidas da realização e algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. Importa que o agente tenha praticado o ato ou omissão administrativa na qualidade de agente público e não como pessoa comum. Nesse sentido:

O abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída (MEIRELLES et. al., 2010, p. 686-687).

Ao abordar a responsabilidade dos agentes públicos, importa esclarecermos brevemente o que se entende por serviço público para, em seguida, tratar das pessoas jurídicas responsáveis civilmente por danos ocorridos durante a atividade estatal.

2.2. O SERVIÇO PÚBLICO E AS PESSOAS JURÍDICAS RESPONSÁVEIS

Meirelles afirma que a Constituição federal de 1988 dispõe expressamente que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos. O parágrafo único do art. 175⁶⁸ e o §3º do art. 37⁶⁹ afirmam que a lei disporá sobre o regime de delegação, os direitos dos usuários, a política tarifária, a obrigação de manter serviço adequado e as reclamações relativas à prestação. Traz ainda o conceito de serviço relevante, como o de saúde (art. 197)⁷⁰. (MEIRELLES, 2010, p. 349-350).

⁶⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁶⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

⁷⁰ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O art. 6º, X⁷¹ e o art. 22⁷² do Código de defesa do consumidor (Lei 8.078/90) consideram direito básico do usuário a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos, obriga o Poder Público e seus delegados a fornecer serviços adequados, seguros, eficientes e contínuos, dispondo sobre os meios para o cumprimento das obrigações e a reparação dos danos.

Meirelles conceitua:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer as necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado (2010, p. 350-351).⁷³

A regulamentação e o controle do serviço público e de utilidade pública caberão sempre ao Poder Público, em qualquer modalidade de prestação. Qualquer deficiência nos serviços enseja intervenção imediata do Poder Público delegante para regularizar seu funcionamento ou retirar a prestação. Todos os contratos administrativos tem a possibilidade de modificação unilateral de suas cláusulas pelo Poder Público ou de revogação da delegação, em favor do interesse coletivo, característico do poder discricionário da Administração (MEIRELLES, 2010, p. 355-356).

A lei 8.987/95, em seu art. 6º, afirma que serviço adequado ao pleno atendimento aos usuários é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Caso falte algum dos requisitos, é dever da Administração intervir para restabelecer o funcionamento regular.

⁷¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...] X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

⁷² Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

⁷³ Para nosso estudo, importa a classificação dos serviços públicos conforme a essencialidade:

- a) **Serviços públicos** propriamente ditos são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por serem essenciais para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Somente o Poder Público pode prestá-los, sem delegação a terceiros (porque exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados): são defesa nacional, polícia, saúde pública;
- b) **Serviços de utilidade pública** são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade ou necessidade) para a comunidade, presta diretamente ou permite que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autoritários), sob seu controle e regulamentação, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários: são transporte coletivo, energia elétrica, telefone, etc. (MEIRELLES et. al., 2010, p. 352-353).

Os serviços realizados por delegação estão sujeitos às mesmas obrigações de prestação regular, também de indenização por danos causados a terceiros que teria o Estado se os prestasse diretamente. Isso compreende inclusive a responsabilidade objetiva (art. 37, §6º, CF) da entidade (autárquica ou paraestatal), da empresa ou pessoa física que recebeu a delegação para executar o serviço (concessionário, permissionário ou autorizatário), não alcançando o Poder Público, que transfere a execução com todos os seus ônus e vantagens. Responde subsidiariamente, no entanto, pelos danos relacionados ao serviço (MEIRELLES, 2010, p. 360).

Cavaliere Filho traz que a Constituição federal de 1988, através do §6º do art. 37, firmou entendimento acerca da responsabilidade objetiva dos entes privados quando a serviço da Administração. Existe, no entanto, tratamento diferenciado pela Constituição, entre as empresas que executam atividade econômica e as prestadoras de serviços públicos. Conforme o art. 173, §1º da Constituição federal, o Estado pode explorar diretamente as empresas que executam atividade econômica quando necessário por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (estas estão sujeitas a regime jurídico de empresas privadas, tendo como exemplo a Petrobrás, Banco do Brasil, etc.).

Baseado no §6º do art. 37 da Constituição federal, apenas **as empresas prestadoras de serviços públicos** estão sujeitas *à responsabilidade objetiva*; as **empresas** que executam **atividade econômica** respondem *subjetivamente*, podendo responder *objetivamente* baseados nos **arts. 12 e 14 do Código de defesa do Consumidor** se forem fornecedoras de produtos ou serviços caso **se configure uma relação de consumo**; ou ainda com base no **parágrafo único do art. 927 do Código Civil**, caso exerçam **atividade de risco** (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 302-303). (grifo nosso)

O autor defende que as **entidades de Direito privado prestadoras de serviço público respondem em nome próprio, com seu patrimônio**, e não o Estado por elas e nem com elas, pelas razões seguintes: a) o objetivo da norma constitucional foi estender aos prestadores de serviços públicos a responsabilidade objetiva idêntica à do Estado (pois quem tem o bônus deve suportar o ônus); b) as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos tem personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios, são seres distintos do Estado, sujeitos de direitos e obrigações, agem por sua conta e risco, devendo responder por suas próprias obrigações; c) não se pode falar em responsabilidade solidária, pois a solidariedade só pode advir da lei ou de contrato, e não existe norma legal que atribui solidariedade ao Estado com os prestadores de serviços públicos. Pelo contrário, o art. 25 da lei n. 8.987/1995,

que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos estabelece responsabilidade direta e pessoal da concessionária pelos prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros; d) no máximo, poderia se falar em responsabilidade subsidiária do Estado, uma vez esgotados os recursos da entidade prestadora dos serviços públicos. Frisa que se o Estado escolheu mal aquele a quem atribuiu a execução dos serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente.

O autor traz o entendimento em sentido contrário do professor Gustavo Tepedino, baseado no Código de defesa do consumidor, que sustenta que a prestação de serviços constitui relação de consumo, atraindo a hipótese de acidentes de consumo que, de modo geral, preceitua a solidariedade dos diversos entes públicos e privados que se apresentam como fornecedores dos serviços prestados (direta ou indiretamente) pela atividade estatal (2014, p. 305-306).

A seguir, passaremos a analisar a responsabilidade civil por danos gerados a terceiros em função de atos comissivos ou omissivos.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL POR CONDUTAS COMISSIVAS E OMISSIVAS

A Responsabilidade Civil do Estado poderá decorrer de *condutas comissivas* do Estado - onde o *agente é causador imediato do dano*-, ou de *condutas omissivas* do Estado - em que este *não provoca diretamente o dano*, mas *tinha o dever de evitá-lo*.

Quanto às **condutas comissivas**, ao aplicar o dispositivo constitucional, não resta dúvida da **responsabilidade objetiva estatal**. Fundado no **risco administrativo**, o Estado responde pelo risco de sua atividade, caso ocorra algum dano como no caso de obras públicas, aos vizinhos ou a terceiros.

Dentre as condutas comissivas relativas à construção, está a obrigação do Poder Público de realizar o controle da construção em geral, tanto as realizadas por particulares, como as obras públicas, o que abordaremos a seguir.

2.2.3.1 O controle da construção – conduta comissiva estatal

O *ordenamento da construção urbana* se faz por **imposições de ordem pública**, de *natureza administrativa* e de *caráter urbanístico*, com instrumentos para acompanhar a construção individual desde a sua origem até sua conclusão e utilização. Estes são os **Planos**

Urbanísticos, o Código de Obras, a aprovação do projeto, o alvará de construção e de ocupação, o embargo e a demolição de obra.

Toda **construção urbana**, especialmente a edificação, fica sujeita a **duplo controle – urbanístico e estrutural** – que exige ***prévia aprovação de projeto pela Prefeitura***, com a subsequente ***expedição do alvará de construção*** e, posteriormente, do ***alvará de ocupação***, conhecido como “***habite-se***”. Além da aprovação do projeto, o controle da construção estende-se à execução da obra, mediante fiscalização permanente, que possibilitará o ***embargo*** e ***demolição*** quando em desconformidade com o projeto aprovado, ou com infringência das normas legais pertinentes.

Os **Planos Urbanísticos** definem a função social dos imóveis no Município, disponibilizando instrumentos específicos para sua viabilização através do art. 4º, III da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade⁷⁴.

O **Código de Obras** faz parte da legislação edilícia, contendo os preceitos referentes às construções urbanas, nos aspectos estrutura, função e forma, necessários à obra. Deve ser aprovado por lei, por impor restrições ao direito individual de construir, mas admite regulamentação por decreto (aspectos relacionados à técnica construtiva). Deve conter apenas normas técnicas de construção, requisitos de estrutura e composição da obra, segundo sua destinação, pois os preceitos urbanísticos gerais e de propriedade do terreno devem constar nas normas de uso e ocupação do solo (Estatuto da Cidade, Plano diretor, e normas complementares), além das condições de apresentação do projeto e tramitação na Prefeitura (MEIRELLES, 2011, p. 216).

Para a **Aprovação de projeto**, o interessado deve ingressar no órgão competente da Prefeitura, com pedido de aprovação de projeto e alvará de licença para construir, assinado por profissional habilitado (arquiteto ou engenheiro, registrado no CAU ou CREA, respectivamente), com a documentação e peças gráficas legalmente exigidas, acompanhado de memorial descritivo. Se incompleto ou com incorreções em relação às normas técnicas ou legais, será dado prazo para a correção.

⁷⁴ Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...] III – planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; d) plano plurianual; e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual; f) gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social;

Aprovado, será expedido o alvará; se indeferido, o interessado será comunicado e poderá recorrer à autoridade superior.

O indeferimento sumário do pedido de construção sem oportunidade de correção é conduta ilegal, pois construir e lotear são direitos inerentes à propriedade e não podem ser suprimidos por ato unilateral da Administração, sem ser ouvido o proprietário. Igualmente ilegal a recusa em aprovar projeto ou plano de loteamento por haver decreto expropriatório do terreno ou mero plano de obras públicas para a área, pois a Administração Pública não pode bloquear a propriedade privada e estancar o direito de construir indefinidamente e sem indenização do proprietário prejudicado. Se houver interesse público na área, a Administração deverá efetivar prévia e justa indenização para poder apossar-se dos terrenos necessários e impedir a construção particular; sem isso, a recusa da licença para construir ou lotear, quando o projeto ou plano estiver em ordem, é ilegal e abusiva, podendo ser obtida a licença, por mandado de segurança, pela ofensa do direito líquido e certo do proprietário (MEIRELLES, 2011, p. 217-218).

Usualmente as normas locais estabelecem prazo para aprovação do projeto e de validade do alvará de licença para início e conclusão da obra. Transcorrido o período legal sem manifestação contrária da Prefeitura, o interessado fica autorizado a iniciar a construção, mas poderá ter que demolir o que for feito se o projeto vier a ser indeferido ou aprovado com alterações. A licença para iniciar a obra caduca ao final do prazo prescrito no alvará, nos termos definidos pelo Código de Obras. Vencidos esses prazos, a licença perde sua eficácia, devendo ser requerida sua renovação. Se, porém, a legislação for outra, o requerente terá que adaptar o projeto ou a construção inconcluída às novas normas, pois a caducidade do alvará faz perecer o direito que ele assegurava pela legislação anterior, conforme afirma Meirelles a seguir:

O início da obra gera *direito adquirido à sua continuidade* pela legislação em que foi aprovado o projeto e, mais que isso, o só ingresso do projeto em conformidade com a legislação vigente assegura ao requerente a sua aplicação, pois o retardamento da Prefeitura na aprovação do projeto não pode prejudicar o interessado que atendeu oportunamente as exigências legais da época em que projetou e requereu a construção. Todavia, se houver prazo legal para a conclusão da obra e esta, embora aprovada e iniciada tempestivamente, não se concluir na vigência da licença, o primitivo alvará somente poderá ser renovado com adaptação da construção às novas imposições legais. Há, pois, duas situações a distinguir: a do alvará vigente, que será respeitado com ou sem início da obra, e a do alvará extinto, que exige renovação com adequação do projeto, ou a obra iniciada, às novas exigências legais (2011, p. 219).

Como instrumentos de política urbana, o art. 4º, VI do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) prevê o EIA – *Estudo de Impacto Ambiental* e o EIV – *Estudo de Impacto de*

Vizinhança. Esses estudos permitem aos órgãos competentes a verificar a adequação do empreendimento no local e entorno, com relação ao sistema viário, produção de ruídos, resíduos, capacidade de infraestrutura instalada, etc. Já o EIA pode ser exigido pelas três esferas de Poder (municipal, estadual e federal), possui controle mais rígido, pois engloba aspectos ambientais devendo envolver a participação da comunidade para sua aprovação. Lei municipal especificará os empreendimentos que ficarão sujeitos ao EIV e qual o órgão competente para sua aprovação. Nesses casos, a aprovação do projeto fica subordinada à aprovação do EIV (MEIRELLES, 2011, p. 220).

Seguindo com os instrumentos de controle da construção, estudemos brevemente o **Alvará de construção ou ocupação** poderá ser de licença ou de autorização.

Meirelles afirma que deve-se diferenciar **licença**, que é ato administrativo vinculado com **autorização**, que é ato administrativo discricionário e precário. O *Alvará de licença* traz presunção de definitividade; o de *autorização*, de precariedade. Os dois alvarás são prévios à construção, e produzem efeitos jurídicos distintos: o alvará de licença reconhece e consubstancia um direito do requerente; o alvará de autorização legitima uma liberalidade da Administração. Assim, o alvará de autorização é revogável pela Prefeitura, sumariamente e sem indenização, o alvará de licença nem sempre.

O alvará de licença para construir ou lotear é decorrente do direito de propriedade, vinculado às normas regulamentares (art. 1.299, do Código Civil) e, por isso, quando o interessado as atende, não pode a Prefeitura negar aprovação, visto que esse deferimento é imposição legal, não uma faculdade discricionária da Administração (2011, p. 220-221).

Porém, expedido o **alvará de licença**, este **pode ser invalidado**, ocorrendo: **cassação**, quando do descumprimento incorrigível do projeto durante sua execução; a **anulação** quando for obtido com fraude ou desobediência à lei; a **revogação** quando sobrevier motivo de interesse público que exija a não realização da obra licenciada. Em qualquer dos casos, a Prefeitura deverá apresentar o motivo e dar oportunidade de defesa antes de invalidar o alvará, através de despacho motivado e observando o devido processo legal, pois a licença não é ato discricionário, mas ato vinculado ao direito de construir e aos regulamentos administrativos (MEIRELLES, 2011, p. 222-223).

Outro instrumento de controle da construção, o **Embargo de Obra** é a paralisação dos trabalhos, por ordem da autoridade competente. É legítimo quando o particular descumpre normas técnicas ou administrativas da construção licenciada; a realiza sem licença; se a

construção já concluída está em desacordo com o projeto aprovado; se, pela deterioração do tempo, a edificação se apresentar ruínosa ou insegura; ou ainda se for atividade poluidora.

O embargo deve ser precedido de vistoria e notificação administrativa para a cessação dos trabalhos e, se não for atendido no prazo e condições estabelecidos, pode ser efetivado por meios coercitivos da própria Administração, com o emprego de força policial, se necessário. A vistoria, como inspeção técnica, só é válida quando feita e subscrita por engenheiro ou arquiteto regularmente inscrito no CREA ou CAU, respectivamente. Caso a edificação já se encontre ocupada no momento da vistoria, deverá ser expedido um Auto de interdição, para promover a desocupação compulsória se houver insegurança manifesta, com risco de vida ou saúde para seus moradores ou trabalhadores.

Meirelles alerta que o ***embargo administrativo de obra*** não se confunde com o ***embargo judicial***, pois a Administração Pública pode embargar diretamente as obras ilegais, interditar as que oferecem perigo ou pode requerer essas medidas ao Judiciário (MEIRELLES, 2011, p. 225).

O embargo administrativo possui o atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que enseja imediata e direta execução pela própria Administração, independente de ordem judicial. Isso acontece nas interdições de atividades ilegais, embargos e demolições de obras clandestinas e outros atos de polícia administrativa. O particular que se sentir lesado pelo embargo poderá reclamar à Justiça através de mandado de segurança ou ação ordinária, se não preferir antes recorrer administrativamente à autoridade superior (MEIRELLES, 2010, p. 165-166).

Como forma de controle da construção, temos ainda a ***demolição compulsória de obra***, que pode ser de ***obra licenciada*** ou de ***obra clandestina***. A ***demolição de obra licenciada*** não pode ser ordenada sumariamente pela Prefeitura, sendo necessário desconstituir o alvará de licenciamento em processo regular, demonstrando que houve descumprimento das normas de construção, ou a obra se tornou incompatível com o interesse público, após a oportunidade de defesa do interessado e a comprovação da necessidade da eliminação da obra. Já a ***demolição de obra clandestina*** pode ser realizada mediante ordem sumária da Prefeitura, pois o particular está cometendo ilícito administrativo. Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licença para construir faz presumir dano potencial à administração e à comunidade, pela privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas.

Quando as obras clandestinas estiverem de acordo com as normas urbanísticas e estruturais da construção ou admitirem adaptação, não devem ser demolidas, mas regularizadas perante a Prefeitura, com a apresentação do projeto e documentos legalmente exigidos, recolhimento das taxas e multas cabíveis (MEIRELLES, 2011, p. 227).

Quanto à *demolição de obra em ruína*, que ofereça perigo à população ou seus moradores, compete, em geral à Administração Pública, especialmente a Prefeitura, quando o proprietário não toma as providências necessárias. A Administração Pública está autorizada pelo privilégio da autoexecutoriedade dos atos de polícia administrativa, além do estado de necessidade (art. 188,II e parágrafo único⁷⁵ do Código Civil) que, como preceito de ordem pública, se impõe tanto aos particulares como ao Poder Público. Pode chegar a constituir infração penal aos responsáveis (crime de desabamento- art. 256⁷⁶; contravenção penal – arts. 29 e 30⁷⁷ da Lei de contravenções penais – Decreto-lei 3.688/1941). A demolição pode ainda ser implementada judicialmente, como medida provisional, se assim desejar a Prefeitura, abrindo mão de seu poder de autoexecutoriedade (MEIRELLES, 2011, p. 228).

Importante instrumento de controle a ser efetivado é o **controle e proteção ambiental**, pois o meio ambiente é bem de uso comum do povo, impondo ao Poder Público e também à coletividade, o dever de preservá-lo e defendê-lo, conforme preceitua o art. 225⁷⁸ da Constituição federal de 1988. Cabe às três esferas de governo, competência executiva comum a todas as esferas (art. 23, VI)⁷⁹, competência legislativa concorrente, restrita à

⁷⁵ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

[...] II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁷⁶ Art. 256 - Causar desabamento ou desmoronamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

⁷⁷ Art. 29. Provocar o desabamento de construção ou, por erro no projeto ou na execução, dar-lhe causa:

Pena – multa, de um a dez contos de réis, se o fato não constitui crime contra a incolumidade pública.

Art. 30. Omitir alguém a providência reclamada pelo Estado ruinoso de construção que lhe pertence ou cuja conservação lhe incumbe:

Pena – multa, de um a cinco contos de réis.

⁷⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁷⁹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, VI e VII)⁸⁰; aos Municípios é competência suplementar (art. 30, II)⁸¹, aos assuntos de interesse locais (MEIRELLES, 2011, p. 229).

A **norma básica de proteção ambiental** é a **Lei 6.938/1981**, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e criou o SISNAMA – Sistema Nacional de Preservação e controle do Meio ambiente.

As normas ambientais incidem sob tríplice aspecto: o ***controle da poluição***, a ***preservação dos recursos naturais*** e a ***restauração dos elementos destruídos***.

Em nosso estudo importa especificamente o controle da poluição, pelo fato da atividade da construção ter a capacidade de, se não devidamente conduzida, causar danos ao meio ambiente, por não destinar adequadamente os resíduos da construção, por exemplo.

O parágrafo 3º do art. 225⁸² da Constituição federal prevê expressamente que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores sanções penais e administrativas, independentemente da reparação dos danos.

O principal instrumento de controle da poluição ambiental é a **licença prévia** exigida para a execução de obra ou qualquer atividade potencialmente poluidora, a ser expedida pelo órgão competente, integrante do SISNAMA, conforme o art. 10⁸³ da Lei 6.938/1981 (MEIRELLES, 2011, p. 232).

O **EIA – Estudo de Impacto Ambiental** passou a ser exigência constitucional para a instalação de obra ou atividade potencialmente poluidora, podendo ser exigido pelas três esferas de Poder. Posteriormente, a Lei 9.605/1998, modificada pela Lei 9.985/2000, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

⁸⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
[...]VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

⁸¹ Art. 30. Compete aos Municípios:
[...] II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

⁸² § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁸³ Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011\)](#)

Além disso, os instrumentos de Planejamento Urbanístico estabelecidos pelo Estatuto da Cidade preveem o zoneamento e correta localização das atividades potencialmente poluidoras, além de meios técnicos para sua minimização ou contenção, e estímulo do Poder Público para o combate da poluição (MEIRELLES, 2011, p. 232-233).

Assim, a obrigação do controle da Construção é conduta comissiva que gera responsabilidade para a Administração, a cargo do Poder Público municipal, podendo envolver também autoridades estaduais e federais conforme se trate de empreendimentos que envolvam possíveis danos ambientais.

Trazemos um julgado que trata de responsabilidade estatal por fiscalização de obra:

RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONSTRUÇÃO EMBARGADA. LICENÇA CONCEDIDA PELO MUNICÍPIO. **CONDIÇÃO DE RECUO DE 15 METROS DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DESATENDIMENTO PELO PARTICULAR. TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO.** INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EVIDENCIADA A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA, CAPAZ DE AFASTAR O NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DANO EXPERIMENTADO PELA AUTORA. **ATUAÇÃO DO ENTE PÚBLICO NO SENTIDO DE GARANTIR A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE ATRAVÉS DO PODER DE POLÍCIA QUE LHE É CONFERIDO. OBRA LEGALMENTE EMBARGADA.** DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

1. Em se tratando de ação que se almeja indenização por prejuízo supostamente causado por pessoa jurídica de direito público, como **regra geral, deve ser observada a teoria da responsabilidade civil objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da CF.**

2. Haverá sempre, por consequência, o dever de indenizar quando constatada uma conduta que gere um dano, independentemente de se perquirir acerca da culpa do agente, da qual o Poder Público só se isentará na comprovação da existência de fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior.

3. **Não há se que falar em ilegalidade da paralisação da obra** imposta pelo ente municipal, **tampouco deve ele arcar com os prejuízos decorrentes do embargo**, considerando que, muito embora tenha se olvidado do estudo de impacto de vizinhança quando da liberação da construção, **esta somente foi embargada definitivamente em razão de a autora ter ultrapassado os limites lindeiros aprovados no projeto arquitetônico.**

[...] Apelação Cível n. 2012.086125-4, Tangará. Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto Órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Público. Data: 18/08/2015.)

2.2.3.2 A responsabilidade estatal por condutas omissivas

Ao aplicar o dispositivo constitucional (art. 37, §6º) às condutas comissivas estatais, pela responsabilidade objetiva estatal fundada no risco administrativo, o Estado responde pelo risco de sua atividade, como já exposto anteriormente.

O mesmo não ocorre em relação às condutas omissivas. Vários autores, dentre eles Cavalieri Filho (2014, p.296), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 654) e Yussef Cahali (2007, p. 218-223), citam a controvérsia na aplicação ou não do §6º do art. 37 da Constituição nas hipóteses de omissão do Poder Público e da teoria da responsabilidade objetiva.

Di Pietro enumera os autores que defendem ser **subjettiva a responsabilidade** nos casos de omissão, aplicando-se a **modalidade da culpa do serviço público**: Cretella Júnior, Yussef Cahali, Celso Antônio Bandeira de Mello dentre outros, inclusive a autora. Afirma, entretanto, que a maioria da doutrina tende para a teoria da responsabilidade objetiva estatal em todos os casos (de condutas comissivas e omissivas). Cita Cretella Júnior:

A **omissão** configura a **culpa in omittendo ou in vigilando**. São **casos de inércia, casos de não-atos**. Se cruza os braços ou se **não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se**, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. **Devendo agir, não agiu**. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi **negligente**. Às vezes **imprudente** ou até **imperito**. Negligente, se a solécia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, **culpa, ligada à ideia de inação**, física ou mental (2011, p. 655). (grifo nosso)

A autora afirma que os danos derivados de omissão estatal em regra, não são causados por agentes públicos, mas por fatos da natureza ou fatos de terceiros, que poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. A dificuldade se encontra na **possibilidade** de agir, porque deve se tratar de **conduta exigível** da Administração e que seja **possível** no caso concreto, devendo-se aplicar o **princípio da reserva do possível**, que é aplicação do **princípio da razoabilidade** – o que **seria razoável exigir do Estado para impedir o dano**.

Para determinar a responsabilidade por ato omissivo deve ser verificado se houve uma **omissão antijurídica**, que ocorre quando o Estado ou suas entidades **descumprem** uma **obrigação legal expressa ou implícita**, como são as vinculadas ao *exercício de polícia administrativa*. Enquanto no caso de atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos lícitos, a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado. A autora justifica sua posição pela responsabilidade subjetiva nos casos de omissão pelo Poder Público, pois:

afirma existir **presunção de culpa do Poder Público**. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. **Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência**, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, **se não agiu**, é porque **sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir**; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade. (DI PIETRO, 2011, p. 656).

Cavaliere Filho, por outro lado, entende que o art. 37, §6º da Constituição engloba tanto as condutas comissivas como as omissivas. Discorda de Bandeira de Mello (que sustenta ser subjetiva a responsabilidade estatal decorrente de omissão) e cita o autor quando este afirma que:

a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) **que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia** (culpa) ou, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 297). (grifo nosso)

Cavaliere Filho ressalta a importância em distinguir a omissão genérica da omissão específica do Estado:

Haverá **omissão específica** quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação que **tinha o dever de agir para impedi-lo**; a **omissão estatal** se erige em **causa adequada de não se evitar o dano**. Em outras palavras, a omissão específica **pressupõe um dever especial de agir do Estado**, que, se assim não o faz, a **omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado** (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 298). (grifo nosso).

Assim, a **omissão específica**, que acarreta a **responsabilidade objetiva** da Administração Pública **pressupõe um dever específico do Estado** que o **obriga a agir** para **impedir o resultado danoso**, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda. O autor segue diferenciando:

Em contrapartida, a **omissão genérica** tem lugar nas hipóteses em que **não se pode exigir do Estado uma atuação específica**; quando a Administração **tem apenas o dever legal de agir** em razão, por exemplo, **do seu poder de polícia** (ou de fiscalização) e, por sua omissão, **concorre para o resultado**. Em síntese, na **omissão específica o dano provém diretamente** de uma **omissão** do poder Público; na **omissão genérica**, o **comportamento omissivo** do Estado só dá ensejo a **responsabilidade subjetiva** quando **for concausa do dano juntamente** com a **força maior** (fatos da natureza), **fato de terceiro** ou da **própria vítima**. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 298). (grifo nosso).

O autor exemplifica a omissão genérica com queda de ciclista em bueiro, há muito tempo aberto, evidencia a culpa anônima pela falta de serviço (Ap. Civ. 4.846/2008, TJRJ).

A **omissão genérica** faz emergir a **responsabilidade subjetiva da Administração**, a inação do Estado, embora **não se apresente como causa direta e imediata do dano**, **concorre** para ele, assim, o lesado deve provar que a **falta do serviço (culpa anônima)** concorreu para o dano e que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido.

Assim, no caso de omissão, é necessário verificar se o Estado está **obrigado a praticar uma ação** (em razão de um *dever específico de agir*) ou se tem **apenas o dever de evitar o resultado**. Caso esteja *obrigado a agir*, haverá **omissão específica** e a *responsabilidade* será **objetiva**, será suficiente para a responsabilização do Estado demonstrar que o dano decorreu de sua omissão (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 299).

Yussef Cahali, dentre outros, questiona o posicionamento de Bandeira de Mello quando este sustenta que para se configurar a responsabilidade objetiva do Estado é necessário que os danos tenham sido causados por agentes públicos, alegando que caso não tenham sido eles os causadores, mas foram omissos, e ocorreu dano a terceiros, a causa lesiva é outra (a omissão pode ter condicionado a ocorrência do dano, mas não é sua causa, assim, não se pode cogitar de responsabilidade objetiva), e cita Bandeira de Mello:

Logo, se é bastante a mera relação objetiva entre a atuação do agente e a lesão para responsabilizar-se o Estado, cumpre, todavia, que esteja em pauta um comportamento comissivo, vez que sem ele jamais haverá “causa”. Quando o Estado se omite e graças a isso ocorre um dano, este é causado por outro evento, e não pelo Estado. Logo, a responsabilidade, aí, não pode ser objetiva. Cumpre que exista um elemento a mais para responsabilizá-lo. Deveras, não se haveria de supor, ao menos em princípio, que alguém responda pelo que não fez – salvo se estivesse, de direito, obrigado a fazer. O Estado **só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou** – vale dizer: quando **descumpre o dever legal de agir**; quando se comporta ilicitamente ao abster-se. A **responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito**; é **responsabilidade subjetiva**, porquanto **supõe dolo ou culpa**, embora possa **tratar-se de uma culpa não individualizável** na pessoa do funcionário, mas **atribuída ao serviço estatal genericamente**; é a **culpa anônima ou *faute de service*** (CAHALI, 2007, p. 219-220)

Bandeira de Mello ressalta que o Estado responde apenas pelos danos causados pelos agentes públicos e não pelos danos provenientes de incêndio, de enchentes, pois nesses casos o sinistro ou a violência são causados por agente estranho ao Estado. A omissão em debelar o incêndio, em prevenir as enchentes terá sido condição da ocorrência do dano, mas não o causou. Não se pode dizer que a abstenção ou morosidade do Poder Público produziu o evento lesivo, mas deu a oportunidade para que ocorresse. Segue afirmando que a responsabilidade é subjetiva, se tiver havido descumprimento de um dever jurídico estatal por inércia, morosidade ou ineficiência, quando devia legalmente ser atuante, segundo limites de eficiência normais (CAHALI, 2007, p. 219-220).

Na determinação da responsabilidade estatal por condutas omissivas, Cahali sugere os seguintes princípios:

- a) identificada *a causa do dano na omissão das obras* ou serviços devidos, mas tiver *concorrido fatores estranhos*, como fatos da natureza, de terceiro ou do próprio

ofendido, a **conduta omissiva** da Administração atuará como **simples concausa**, induzindo, daí, a **proporcionalização da responsabilidade** indenizatória;

- b) quando o **prejuízo** sofrido pelo particular **for por ato próprio, fato da natureza** ou de **terceiro** e **neste** encontra a **sua causa eficiente e suficiente**, a **omissão estatal é simples condicionante** da ocorrência do evento danoso, insuficiente para determinar a responsabilidade civil do Estado;
- c) se **exigível da Administração a execução da obra** que **teria prevenido ou evitado o dano**, identifica-se na **conduta omissiva estatal a causa bastante** para determinar a **responsabilidade objetiva do Estado** por sua reparação (CAHALI, 2007, p. 220-221).

O autor conclui:

a questão desloca-se para o âmbito da **exigibilidade da conduta estatal omitida**, invocada como **causa do dano reparável**, mais propriamente, a questão se insere, com melhor adequação, em sede de **exigibilidade da obra não executada** ou do **serviço não prestado**. Nota-se, assim, que não é necessário transmutar a responsabilidade objetiva em subjetiva para que a Administração se desvincule do dever de indenizar; basta que esta demonstre que não tinha o dever de agir e que, portanto, a sua conduta não foi, do ponto de vista jurídico, causa do evento danoso (CAHALI, 2007, p. 221). (grifo nosso).

A **obrigação de indenizar** se deve ao **descumprimento de um dever jurídico de realizar a obra ou de prestar o serviço** devido, colocado como **causa primária da responsabilidade do Estado**, que é circunstancial, devendo ser examinado em cada caso concreto, ponto unânime entre os doutrinadores.

Ao analisar a normalidade e eficiência da administração, Cahali comenta Bandeira de Mello, que afirma **não há resposta a priori quanto à normalidade e eficiência** da Administração no **cumprimento do dever jurídico estatal**. Indica-se a necessidade de apurar a exigibilidade em função do meio social, do estágio do desenvolvimento tecnológico, econômico, cultural, isto é, das possibilidades reais, médias dentro do ambiente em que se produziu o evento danoso. Deve-se **levar em conta o procedimento estatal em casos análogos**, o nível de expectativa comum da sociedade e do próprio Estado em relação ao serviço tido como omissão, insuficiente ou inadequado. O **nível de expectativa estatal é sugerido pela lei que o instituiu e o regula**, pelas **normas internas** que o disciplinam ou outras **normas que indiquem um padrão mínimo** a ser seguido (CAHALI, 2007, p. 222).

Cahali traz alguns exemplos de deficiência na execução ou manutenção de obras públicas: acidentes de trânsito devido a bueiros e obras não sinalizadas nas vias públicas; pontes mal conservadas; conservação e fiscalização de obras públicas; inundações, enchentes e desmoronamentos, etc.

Segue-se julgado que traz responsabilidade estatal por omissão:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÕES QUE EXTRAPOLARAM OS LIMITES DE LOTES. PRETENDIDA DESOCUPAÇÃO E DEMOLIÇÃO DE MURO E PARTE DE RESIDÊNCIAS QUE AVANÇARAM SOBRE VIA PÚBLICA. INÉRCIA DO MUNICÍPIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE PROMOVER A ADEQUAÇÃO DAS EDIFICAÇÕES. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO ENTE MUNICIPAL. INSURGÊNCIA DOS PROPRIETÁRIOS. REQUERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO. ALEGADO DIREITO ADQUIRIDO PELO DECURSO PROLONGADO DO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE. ÁREA INCORPORADA PELO PATRIMÔNIO PÚBLICO EM VIRTUDE DA APROVAÇÃO E REGISTRO DE LOTEAMENTO PELO MUNICÍPIO. ARTIGOS 17 E 22 DA LEI Nº 6.766/1979. BEM DE USO COMUM DO POVO. CONSTRUÇÃO PROMOVIDA POR ANTIGO PROPRIETÁRIO. IRRELEVÂNCIA. OBRIGAÇÃO DE CARÁTER *PROPTER REM*. [...]

A construção incidente sobre bens de uso comum do povo, por se tratar de ato ilícito, não gera direito adquirido em favor do proprietário, ainda que após decurso prolongado de tempo. A obrigação de obediência às restrições urbanísticas possui caráter *propter rem*. Assim, ainda que as irregularidades tenham sido praticadas por antigo proprietário, a adequação das construções incumbirá ao atual titular do domínio [...].

RECURSO DO MUNICÍPIO. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO CONCEDEU AUTORIZAÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO IRREGULAR. IRRELEVÂNCIA. DESALINHAMENTO VISÍVEL E PRONUNCIADO. OMISSÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, COM EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. [...]

"No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência). [...]"

Emerge a responsabilidade do Município de Imbituba por manifesta omissão, eis que a constatação que a edificação incide sobre bem público de uso comum do povo enseja exercício do poder de polícia do órgão fiscalizador, autorizando, inclusive, a execução administrativa da pena de demolição, ante a prerrogativa de autoexecutoriedade (STJ, REsp 1.217.234, Relator: Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, j. 14-08-2013).

[...] em sede de reexame necessário, declarar o caráter subsidiário da execução da sentença em face do Município de Imbituba. Custas legais. (Apelação Cível n. 2013.037720-0, de Imbituba. Relator: Des. Carlos Adilson Silva. Julgado em 05. Junho 2015). (grifo nosso)

Resta-nos, para finalizar esse capítulo, abordar o tema das excludentes atenuantes de causalidade da responsabilidade estatal.

2.3 EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

Yussef Cahali comenta que, em relação a excludentes ou atenuantes da responsabilidade estatal, há controvérsia entre autores, alguns não admitem a atenuação da responsabilidade estatal por ela ser objetiva, não cabendo falar-se em culpa concorrente; o

autor afirma *não se tratar de concorrência de culpas, mas de causas*. É o que explica no seguinte trecho:

É que, **deslocada a questão para o plano da causalidade**, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado – risco integral, risco administrativo, risco-proveito-, aos **tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade** quando **fatores outros**, voluntários ou não, **tiverem prevalecido na causação do dano, provocando o rompimento do nexo de causalidade**, ou **apenas concorrendo como causa na verificação do dano injusto**. [...] Será, portanto, **no exame das causas** do dano injusto que se determinam os casos de exclusão ou atenuação da responsabilidade pública, **excluída ou atenuada** esta responsabilidade em função da **ausência do nexo de causalidade** ou da **causalidade concorrente** na verificação do dano injusto indenizável (CAHALI, 2007, p. 41). (grifo nosso)

A Constituição federal de 1988, em seu art. 37 §6º adotou a teoria objetiva da responsabilidade das pessoas jurídicas, bastando a prova do nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do ente público ou privado prestador de serviço público, sem a necessidade de averiguação de culpa de parte de seus agentes. O autor afirma que:

a **responsabilidade civil do Estado, com base no risco administrativo**, que **admite pesquisa em torno da culpa do particular**, para o fim de **abrandar** ou mesmo **excluir a responsabilidade estatal**, **ocorre**, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do **dano**; b) da **ação administrativa**; e c) desde que **haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa**. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da ação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Em condições tais, *não demonstrado o vínculo de causalidade, daí resulta a pré-exclusão da responsabilidade indenizatória do ente público* (CAHALI, 2007, p. 44-45).

Ocorre que, nem sempre o nexo de causalidade consegue ser determinado com clareza, como nos casos de atos omissivos da Administração identificados como falha anônima do serviço, quando se examina se o ato omitido seria razoavelmente exigível, para se deduzir da sua omissão ou falta a causa primária do prejuízo. Cahali traz, baseado na jurisprudência, alguns enunciados gerais que permitem o reconhecimento de exclusão ou atenuação da responsabilidade civil objetiva estatal:

2.3.1 Responsabilidade civil do Estado - dano indenizável (ressarcível) baseado em causa exclusiva na falha do serviço público

Em algumas hipóteses, a responsabilidade decorre por não ter sido evitado um perigo por meio de obras necessárias, como a construção de um parapeito na estrada, falta de sinalização, etc. O *dano indenizável provém da culpa não individualizada do agente*, da *culpa anônima* ou da *deficiência do serviço*, configurando causa subjetiva, mesmo que imputada ao serviço anônimo. Aplica-se assim, a **teoria do risco ou acidente**

administrativo, aproximando-se da culpa ou **da *faute de service***. A responsabilidade se aproxima da culpa, pela omissão em tomar as providências exigidas para a segurança do serviço. (STF, 2ª Turma, 29.05.1968, RTJ 47/378).

Cahali afirma que as Constituições não adotaram a teoria do risco integral, mas do risco temperado, ***o risco administrativo vinculado à falha ou deficiência do serviço público***. Traz o Julgado TJSP, 2ª Câmara, 07. 11. 1980, RTJSP 69/103: Danos resultantes de enchentes ocasionadas por forte chuva – Deficiência na execução de obras e serviços pela Municipalidade demonstrada (CAHALI, 2007, p. 46-48).

2.3.2 Excludente - dano não indenizável, causa exclusiva de força maior ou fatos inevitáveis da natureza

Cahali cita De Laubadère (de *Traité élémentaire de droit administratif*), ao afirmar que apenas **os danos permanentes** justificam a responsabilidade baseada na teoria do risco quando se refere a obras públicas. Estes são os que resultam de maneira contínua de realização de uma obra pública, inclusive, os prejuízos resultantes de inundações periódicas (quando provocadas por obras públicas).

No caso da responsabilidade do Poder Público, importante a diferenciação entre ***caso fortuito e força maior***, diferente do plano no direito privado.

Ainda aqui é válido o magistério de Temístocles Cavalcanti: **caso fortuito e força maior** têm elementos comuns, a **imprevisibilidade** e a **irresistibilidade**, mas **separam-se quanto à interioridade (caso fortuito) ou exterioridade (força maior)**; enquanto na **força maior é um elemento estranho à atividade exercida**, e da qual decorre a obrigação, que determina o dano, **no caso fortuito é uma causa interna, inerente ao próprio serviço**, à própria atividade, **que ocasionou o dano**: a força maior será a tempestade, será a inundação, será o raio; caso fortuito será o cabo de uma instalação que se rompe, será a peça de uma máquina que despenca, produzindo acidente e danos materiais ou pessoais (CAHALI, 2007, p. 50-51).

O autor enumera os **pressupostos da força maior**: a **imprevisibilidade**, a **inevitabilidade** e da condição de que **o fato deve ser necessário**⁸⁴. Conclui que:

⁸⁴ A **imprevisibilidade** é entendida como a possibilidade de repetição de um fato já ocorrido, fato inesperado pela ocorrência repentina, antes que qualquer providência eficaz possa ser tomada contra suas consequências.

Inevitabilidade - exige-se uma impossibilidade de evitar objetiva, que ocorreria em relação a qualquer homem prudente, em idênticas circunstâncias de tempo, lugar e meio, tendo em vista o objeto da prestação.

O fato deve ser necessário, não pode provir de ato culposo do obrigado; somente pode resultar uma causa estranha à vontade do obrigado, irresistível, o que já indica ausência de culpa; se o evento decorre de um ato culposo do obrigado, não era inevitável.

Cahali ressalta a importância do requisito **exterioridade** da força maior, que a distingue do caso fortuito: a causa determinante do dano decorre de um fato externo, estranho ao serviço, quer se trate de ato de terceiros, quer de agentes naturais: essa noção é de singular importância no direito administrativo, onde a noção de serviço público constitui o tema central de todas as relações jurídicas; não entram a vontade nem a iniciativa do homem na conceituação da força maior – são os fatos externos e não dependem do homem. (CAHALI, 2007, p.51-52)

1. A **Administração pública será responsabilizada** pela reparação dos danos sofridos pelos particulares, provocados por **eventos inevitáveis da natureza (chuvas torrenciais, inundações, alagamentos, deslizamentos, desmoronamentos)**, desde que, por sua **omissão ou atuação deficiente, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis** (ou as realizando de maneira insatisfatória), **poderia ter evitado o prejuízo ou atenuado suas consequências**;
2. A Administração Pública **não poderá ser responsabilizada** pela reparação do dano sofrido pelo particular, provocado por eventos inevitáveis da natureza (chuvas torrenciais, inundações, alagamentos, deslizamentos, desmoronamentos) se **nenhuma participação concorrente lhe puder ser imputada na causação do evento danoso**, seja porque *razoavelmente*⁸⁵ não seria de **exigir-se do Estado a realização de obras que pudessem evitar ou atenuar os efeitos** do fato da natureza, seja porque **aquelas realizadas seriam as únicas razoavelmente exigíveis** (CAHALI, 2007, p. 52-53).

2.3.3 Excludente - Dano não indenizável, culpa exclusiva do próprio ofendido

A *teoria do risco administrativo* que responsabiliza o Estado pelos danos ocorridos ao particular não é a do risco integral, *permite que este se exima da indenização*, mas *cabe a ele, o ônus de provar a culpa exclusiva da vítima*⁸⁶.

Conforme Cahali, o dano causado exclusivamente por culpa da vítima, sem falha da Administração, exclui a responsabilidade estatal:

não se qualifica como antijurídico – excluída, desse modo, a **responsabilidade civil do Estado – o dano** que teve como *causa exclusiva o dolo ou a culpa grave (=dolo)* do **próprio prejudicado**, sem que **nenhuma falha da Administração ou culpa anônima do serviço possa ser identificada como causa**, ainda que indiretamente concorrente na verificação do evento danoso (2007, p. 57).

Weida Zancaner Brunini, ao analisar as diferentes posições de doutrinadores acerca da adoção da responsabilidade objetiva do Estado pela Constituição federal, ao adotar a modalidade de risco integral ou administrativo, cita Mário Mazagão, Otávio de Barros e Alcino Pinto Falcão, que defendem a modalidade do risco integral (baseados em Pedro Lessa), e Hely Lopes Meirelles (que refuta a teoria do risco integral, mas defende ser a teoria do risco administrativo), a autora conclui ser apenas questão de nomenclatura, pois todos

⁸⁵ Na análise da *razoabilidade* deve-se determinar a existência de omissão ou atuação deficiente (falha do serviço) imputável à Administração, em função de padrão de conduta exigível, revelado pelas circunstâncias, que se constitui na causa concorrente ou exclusiva do dano que poderia ser evitado ou atenuado nas suas consequências.

⁸⁶ Assim confirma o julgado pelo STF, 2ª Turma, de 05.12.1989, RTJ 131/417. 1º TACivSP, 3ª Câmara: A teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração quantos aos danos causados por seus agentes a terceiro, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não chega ao extremo do risco integral, não significando que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Significa tão-somente que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.

concordam não ser indenizável o dano causado por ato da própria vítima, quando não houver falha da Administração (ZANCANER, 1981, p. 60).

Cahali também defende a não reparação do dano causado exclusivamente por ação dolosa ou com culpa grave da vítima, através de Amaro Cavalcanti, quando este afirma que no estatuto constitucional moderno, toda lesão verificada a um direito subjetivo deve ser reparada: “Eis o preceito geral, o qual não obstante poderá deixar de prevalecer se a lesão se der por culpa do lesado (*sibi imputet*)”. (CAHALI, 2007, p. 57).

2.3.4 Responsabilidade civil do Estado – Dano indenizável, baseado na atividade da Administração

O julgado pelo STF, 2ª Turma, de 18.02.1992, RT 682/239, traz opiniões de Celso Antônio Bandeira de Mello, Yussef Cahali, Weida Zancaner Brunini, ao afirmarem que ocorrendo danos a alguns particulares em decorrência de atividade estatal, a coletividade deve repará-lo, exista ou não culpa por parte dos agentes públicos. O acórdão enumera os *requisitos* para a *responsabilidade civil objetiva estatal* com base *no risco administrativo*, que admite a pesquisa em torno da culpa da vítima, para abrandar ou excluir a citada responsabilidade: a) existência do *dano*; b) da *ação administrativa*; c) desde que haja *nexo causal entre o dano e a ação administrativa*.

Cahali enuncia: “o dano injusto causado ao particular, ainda que em decorrência de atividade lícita da Administração, sujeita o Estado à obrigação de indenizar” (2007, p. 59).

É a aplicação da **teoria do risco** (o *risco social* - expressão concreta do princípio abstrato da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos). A obrigação de indenizar resulta do sacrifício de um direito subjetivo, embora consequência de atividade legítima do Poder Público. Cita Caio Tácito:

A **ação do Estado é juridicamente perfeita**, constituindo **forma regular de limitação administrativa ao direito individual**; a causa determinante da indenização não é a mesma que fundamenta a reparação do dano pelo emprego anormal ou excessivo do poder administrativo; **tratando-se de um benefício à coletividade**, desde que **o ato administrativo lícito atende ao interesse geral**, o **pagamento da indenização redistribui o encargo**, que, de outro modo, seria apenas suportado pelo titular do direito. [...] A **compensação é limitada ao dano especial e anormal gerado pela atividade administrativa** (CAHALI, 2007, p.60).

2.3.5 Pluralidade de causas concorrentes – *quantum* a indenizar proporcional ao dano causado individualmente

A quinta regra enunciada por Cahali determina que:

exaurindo-se **a responsabilidade objetiva** na verificação do nexo de causalidade entre o dano e a atividade administrativa, **todas as demais concausas devem ser consideradas com vistas à atenuação** daquela **responsabilidade** - a regra deve ser aplicada ainda que as causas concorrentes na verificação do evento danoso resultem de dolo ou culpa grave do próprio prejudicado, ou mesmo de caso fortuito, força maior, fato da natureza ou de terceiros. Igualmente aplica-se a concorrência de causas ainda que a responsabilidade estatal esteja sendo demandada com fundamento no risco (em qualquer das modalidades enumeradas pela doutrina), como também com fundamento na culpa anônima do serviço ou na falha individualizada do funcionário (CAHALI, 2007, p 63).

O autor traz o julgado do TJSP, 3ª Câmara, Ap. 29.998-1, rel. Yussef Cahali, 26.04.1983:

Se o dano injusto foi provocado por uma pluralidade de causas, de tal modo que todas as causas concorreram na verificação do dano, todas elas devem ser consideradas na determinação da responsabilidade civil do Estado, a concorrência de culpa da vítima autoriza seja mitigado o valor da indenização (CAHALI, 2007, p. 61).

Ainda traz o julgado no TJSP, 3ª Câmara, 01.12.1955, RT 217/206, que afirma ser:

a concausa, como causa paralela ou concomitante, concorrente com outra para a produção do seu efeito, não deixa de ser causa, acarretando por isso, a obrigação de reparar o dano por parte do responsável; mas, em casos tais, deve ser essa responsabilidade ser atenuada, por força do princípio da divisão dos riscos, que se afina com a teoria da culpa objetiva (CAHALI, 2007, p. 64).

Cavaleri Filho também alerta que, nos casos em que o dano tenha sido provocado por uma pluralidade de causas, de modo que todas tenham concorrido adequada e eficientemente para o resultado, a responsabilidade do Estado deve ser atenuada ou circunscrita ao dano efetivamente causado pela atividade administrativa (2014, p. 294).

Trazemos julgado do TJSC no qual o município de Itapiranga é responsabilizado solidariamente com o proprietário de terreno que causou danos aos vizinhos por deslizamento de terras, conforme se segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REGRESSO PROPOSTA EM FACE DO MUNICÍPIO DE ITAPIRANGA. EDIFICAÇÕES DANIFICADAS EM DECORRÊNCIA DE DESLIZAMENTO DE TERRAS. PRETENDIDO RESSARCIMENTO DE INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAIS A QUE O AUTOR FOI CONDENADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO AUTOR. INTERVENÇÕES EM ACLIVE EXECUTADAS PELO DEMANDANTE, AUXILIADO, EM PARTE,

PELO MUNICÍPIO, QUE DISPONIBILIZOU ESQUIPAMENTO E MÃO-DE-OBRA. ESCAVAÇÕES REALIZADAS SEM A PARTICIPAÇÃO DE PROFISSIONAL HABILITADO, EM DESCOMPASSO COM AS TÉCNICAS DE ENGENHARIA EXISTENTES. CORRESPONSABILIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 942, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. DEVER DE RESSARCIMENTO PARCIAL. VALOR A SER A APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANO MORAL AFASTADO.

A conduta do autor, de fato, foi determinante ao resultado danoso, de modo que este não pode se esquivar da obrigação de reparar os prejuízos ocasionados aos seus vizinhos. Em contrapartida, verifica-se que a municipalidade também contribuiu para a ocorrência do deslizamento de terras. Diante disso, **imperioso reconhecer a corresponsabilidade, devendo o Município ressarcir o demandante em valor correspondente à metade dos prejuízos decorrentes dos deslizamentos.**

O responsável pelo desmoronamento de terras, cujo patrimônio também foi afetado no evento, não faz jus ao recebimento de indenização por dano moral do coautor, sob pena de locupletar-se da própria torpeza, caracterizando enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil.)

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.. (Apelação Cível n. 0001035-2009. 8.24.0034, de Itapiranga. Relator: Des. Carlos Adilson Silva. Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público. Data: 25/10/2016.

A seguir, no terceiro capítulo, trataremos da responsabilidade da atividade profissional do arquiteto decorrente da construção, além das especificidades do arquiteto servidor público, seguindo com a questão da possibilidade de ação regressiva de parte da Administração Pública e as sanções civis e administrativas a que o arquiteto servidor público está sujeito no caso de ser responsabilizado por evento danoso ocorrido em obra pública na qual tenha participado.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ARQUITETO SERVIDOR PÚBLICO

Para abordarmos a responsabilidade civil do arquiteto servidor público, cabe conhecer as responsabilidades decorrentes da atividade construção civil, para posteriormente, estudar a responsabilidade civil estatal decorrente de obras públicas e num terceiro momento, abordarmos a responsabilidade do arquiteto enquanto autor do projeto, ou executor da obra, ou ainda, fiscal da obra pública.

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONSTRUÇÃO E NAS OBRAS PÚBLICAS

A construção civil é atividade que normalmente traz riscos de acidentes e danos tanto aos operários que trabalham, como a terceiros, ao proprietário, aos vizinhos. Ou seja, um mesmo fato ou evento pode gerar danos a diversas pessoas, ocasionando diferentes tipos de responsabilidade. Hely Lopes Meirelles exemplifica que:

se uma obra vier a desabar, por imperícia do construtor, causando danos materiais a terceiros e lesões pessoais em operários, dará ensejo, simultaneamente, às **quatro espécies de responsabilidades**, ou seja, à reparação do dano patrimonial (**responsabilidade civil**), à punição criminal (**responsabilidade penal**), à sanção profissional (**responsabilidade administrativa**) e à indenização do acidente dos operários (**responsabilidade trabalhista**). O exemplo põe ao vivo a importância do conhecimento das responsabilidades decorrentes da construção podem, em certos casos, abranger e solidarizar, com o construtor, o autor do projeto, o fiscal da obra e o proprietário que a encomendou (2011, p. 283). (grifo nosso)

O autor traz que o Código civil de 2002 manteve o conceito tradicional de culpa, ao preceituar que, quem age com culpa e causa dano a terceiro, pratica ato ilícito⁸⁷ e obriga-se a reparar o dano, inclusive o dano moral. Ainda equipara o ato ilícito ao abuso de direito⁸⁸, além de prever a responsabilidade objetiva nos casos especificados em lei ou pelo risco da normal da atividade⁸⁹. Além disso, há a responsabilidade objetiva por danos causados pelo empresário individual ou empresa que coloca produtos em circulação⁹⁰ (2011, p. 284).

⁸⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁸⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁸⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Esclarece que, conforme preceitua o art. 618⁹¹ do Código Civil, o arquiteto ou engenheiro ao exercer a atividade construtiva responde objetivamente pelos vícios e defeitos que a obra apresentar durante o prazo de garantia de cinco anos, pois está atuando como *empresário*, conforme o art. 966⁹² (quer tenha efetuado contrato de empreitada ou de administração), e que por isso, deve efetuar o registro da empresa, conforme o art. 967⁹³. A atividade geralmente é exercida através de firma individual ou societária que será responsável pela reparação dos danos, independente da apuração de culpa. Porém, quando o engenheiro ou arquiteto atua como *profissional liberal* sua responsabilidade é subjetiva, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor (art. 14, §4º)⁹⁴ dependendo da verificação de culpa (2011, p. 285).

A responsabilidade pode provir de três fontes:

- a) a **lei - responsabilidade legal** -, a responsabilidade do construtor pela solidez da obra durante os cinco anos após a sua conclusão (art. 618 do CC/2002) – responsabilidade de ordem pública, por isso irrenunciável e intransacionável pelas partes. Responsabilidade objetiva como exercício de atividade de risco, conforme o art. 927, parágrafo único e art. 931 do Código Civil;
- b) o **contrato (responsabilidade contratual)**, podendo ser renunciada e transacionada pelos contratantes a qualquer tempo, embora tal ajuste não possa contrariar as disposições do Código de defesa do consumidor (Lei 8.078/1990), por ser a construção civil considerada relação de consumo e o Código constituir-se de preceitos

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁹⁰ Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

⁹¹ Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

⁹² Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

⁹³ Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

⁹⁴ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
[...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

de ordem pública, de interesse social, baseado no art. 5º, XXXI e art. 170, V da Constituição federal. Assim, o ajuste não poderá conter cláusulas consideradas abusivas, nulas de pleno direito, conforme o art. 51 do CDC⁹⁵;

- c) *e o ato ilícito (responsabilidade extracontratual)*, que a lei determina dever de reparar os danos decorrentes de ato ilícito, a ele se equiparando os atos realizados em abuso de direito conforme o art. 186, 187 do Código Civil e art. 91. I⁹⁶ do Código Penal (MEIRELLES, 2011, p. 285-286).

Relembramos que em nosso estudo não trataremos da responsabilidade contratual, como já havíamos afirmado anteriormente.

A *responsabilidade civil* em geral impõe o *dever de reparar o dano patrimonial* e se *exaure com a indenização*, transmite-se aos sucessores do autor da lesão e só se extingue com a composição do dano, conforme preceitua os arts. 389⁹⁷ e 943⁹⁸ do Código Civil. Havendo *mais de um autor do dano, todos respondem solidariamente* pela reparação, conforme o art. 942⁹⁹ da lei civil. A *reparação civil* deve ser o *mais ampla possível*,

⁹⁵ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

[...] IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

[...] XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

⁹⁶ Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

⁹⁷ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

⁹⁸ Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

⁹⁹ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no [art. 932](#).

compreendendo o *dano emergente* – o que o lesado efetivamente perdeu, além dos *lucros cessantes* – o que razoavelmente deixou de ganhar (art. 402¹⁰⁰, Código Civil). A responsabilidade civil é independente da penal, mas de toda condenação penal resulta a obrigação de reparar o dano da vítima (art. 91, I do Código Penal), porque o ilícito civil é um *minus* em relação ao ilícito penal. No caso de construções lesivas a vizinhos surge a responsabilidade civil independentemente da ilicitude do ato, por se tratar de uma exceção de nosso Direito ao princípio da culpa, no art. 1.299¹⁰¹ do Código Civil, combinado com o parágrafo único do art. 927¹⁰².

Conforme o parágrafo único do art. 944 do¹⁰³ Código Civil, deve-se medir o valor da indenização pela extensão do dano, mas pode o juiz reduzir equitativamente o valor, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Meirelles comenta que esse dispositivo apenas tem sentido nos casos de responsabilidade subjetiva, não cabendo nos casos de responsabilidade objetiva, por apresentar no artigo seguinte (945)¹⁰⁴ da compensação de culpas quando a vítima tiver concorrido para o evento danoso (2011, p. 288-289).

A **responsabilidade específica do construtor** pela execução da obra inicia com a celebração do contrato, e só termina com o fiel cumprimento e entrega da obra perfeita, sólida e segura. Enquanto isso não ocorrer, subsistem as três responsabilidades decorrentes da construção: a legal, a extracontratual e a contratual.

O construtor só se libera da *responsabilidade contratual* pelo cumprimento fiel do contrato ou se demonstrar que sua inexecução ocorreu por caso fortuito ou força maior, fora dessas hipóteses, deve indenizar o lesado (MEIRELLES, 2011, p. 291-292).

¹⁰⁰ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹⁰¹ Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

¹⁰² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁰³ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

¹⁰⁴ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

A **Lei 8.078/1990 – Código de defesa do consumidor**, autorizado pelos arts. 5º, XXXII e 170 da Constituição federal prevê a proteção do consumidor, por ser esta a parte mais fraca na relação de consumo. As normas do Código são de ordem pública e aplicam-se qualquer ramo do Direito onde houver relação de consumo, aplicando-se assim, suas normas que interagem com as normas civis.

Como relação de consumo, possui como **fornecedor**¹⁰⁵, o construtor; como **consumidor**¹⁰⁶, o dono da obra. *Produto* é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, §1º); *serviço*, qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, salvo as decorrentes de relações de trabalho (art. 3º, §2º).

O conceito de **destinatário final** é importante para identificar uma relação de consumo. Se a obra de engenharia foi executada para pessoa física ou jurídica que vai utilizá-la como destinatária final, caracteriza-se uma relação de consumo e, neste caso, as normas do Código de defesa do consumidor devem ser aplicadas prioritariamente e as do Código Civil subsidiariamente.

O Código de defesa do consumidor diferencia vício de defeito: **vício** afeta a perfeição da obra, diminuindo seu valor; **defeito** é mais grave, põe em risco a segurança do consumidor.

Em relação aos **defeitos**, o Código acolheu a **teoria do risco do empreendimento**, que é a obra concluída. Na construção por empreitada o construtor fornece serviços (mão de obra) e materiais; na construção por administração apenas a prestação de serviços. Em qualquer das modalidades, o **construtor responde pelos defeitos que a obra apresentar que causem danos** ao consumidor, equiparando-se a este todas as vítimas do evento (arts. 12 a 17¹⁰⁷ do CDC).

¹⁰⁵ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹⁰⁶ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁰⁷ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

Em relação *aos vícios construtivos também responde o construtor*, conforme os arts. 18 a 25 do CDC.

Já os **profissionais liberais**, dentre eles os arquitetos e os engenheiros, *respondem subjetivamente*, dependendo da apuração de sua culpa (negligência, imprudência ou imperícia), conforme o art. 14, §4º, embora quando exerçam atividade técnico-econômica da construção, respondam objetivamente.

Nos casos em que haja entrelaçamento da lei civil com a consumerista, deve-se aplicar a norma mais favorável ao consumidor, conforme preceitua a Constituição federal em seus arts. 5º, XXXII e 170, V (MEIRELLES, 2011, p. 293-296).

A construção, seja particular ou pública, possui responsabilidades legais e extracontratuais que são de ordem pública, decorrentes de lei, de fatos da obra e da ética profissional, que são independentes de convenção entre as partes. Cada participante seja o construtor, o autor do projeto, o fiscal, o consultor, e o proprietário terá sua parcela de responsabilidade.

Meirelles lista algumas das espécies de responsabilidade decorrentes da construção: *responsabilidade pela perfeição da obra; responsabilidade pela solidez e segurança; responsabilidade por danos a vizinhos e terceiros; responsabilidade ético-profissional; responsabilidade administrativa; responsabilidade penal por desabamento*. Trataremos brevemente sobre algumas delas.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

3.1.1 Responsabilidade pela perfeição da obra

É dever legal do profissional ou empresa de Engenharia e da Arquitetura que, por exigir a perícia técnica do profissional, não necessita constar em contrato. Fundado no dever de perfeição (em relação à estrutura, execução e acabamento), o Código Civil autoriza a rejeição de obra defeituosa, ou seu recebimento com abatimento de preço, conforme os arts. 615 e 616¹⁰⁸.

Na *entrega da obra*, podem ocorrer os *vícios ou defeitos aparentes* (de fácil constatação mesmo por leigos), com três possibilidades: a) a obra está perfeita e acabada, conforme o projeto e sem falhas aparentes: o dono é obrigado a recebê-la, sob pena de entrar em mora (arts. 611 e 613)¹⁰⁹; b) se a obra desobedeceu os projetos e as regras técnicas ou apresentou defeitos, o dono pode rejeitá-la (art. 615); c) a obra desobedeceu os projetos e regras técnicas ou apresentou defeitos, o proprietário pode recebê-la com abatimento de preço, conforme o art. 616 (MEIRELLES, 2011, p. 298-299).

Caso o dono tenha recebido a obra e não tenha percebido os vícios, poderá reclamar sua correção ou indenização em até 90 dias da entrega, prazo decadencial, conforme preceitua o art. 26, §1º e §2º¹¹⁰ do Código de defesa do consumidor.

¹⁰⁸ Art. 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza.

Art. 616. No caso da segunda parte do artigo antecedente, pode quem encomendou a obra, em vez de enjeitá-la, recebê-la com abatimento no preço.

¹⁰⁹ Art. 611. Quando o empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Mas se estiver, por sua conta correrão os riscos.

Art. 613. Sendo a empreitada unicamente de labor ([art. 610](#)), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribuição, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade.

¹¹⁰ Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado). III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Já os *vícios ou defeitos ocultos* só se manifestam posteriormente, após o uso pelo morador. São os vazamentos, infiltrações, rachaduras, mau funcionamento das instalações elétricas ou hidráulicas, etc., que podem variar de pequenas falhas construtivas corrigidas facilmente até mais graves, que comprometem a segurança e solidez da construção.

Podem ocorrer ainda os *vícios redibitórios* que, conforme o art. 441¹¹¹ do Código Civil, são vícios ocultos, graves, que tornam a coisa imprópria ao uso a que se destina ou que lhe diminuem o valor. Nesses casos, ele pode rejeitá-lo ou solicitar abatimento de preço (art. 442)¹¹². O prazo de decadência para desfazimento do negócio é de um ano a partir da entrega efetiva do imóvel ou seis meses se já estiver na posse do mesmo. Mas se o vício, por sua natureza só puder ser conhecido mais tarde, o prazo será contado do momento em que o adquirente dele tiver ciência, conforme o art. 445 e §1º¹¹³.

3.1.2 Responsabilidade pela solidez e segurança da obra

O art. 618 do Código Civil prevê a responsabilidade do construtor:

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o **empreiteiro de materiais e execução responderá**, durante o **prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho**, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. **Decairá do direito** assegurado neste artigo o dono da obra que **não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.** (grifo nosso)

Meirelles esclarece que o *prazo de cinco anos é de garantia*, prazo *de ordem pública* e que *permanece a possibilidade de ajuizamento de ação de reparação de danos contra o construtor por até vinte anos*, prazo comum de prescrição, conforme se segue:

O que a **lei quer dizer** é que, tratando-se de **empreiteiro de materiais e execução**, **responde sempre e necessariamente pelos defeitos do material que aplica** e pela **imperfeição dos serviços que executa**. Se a obra assim realizada apresentar vícios de solidez e segurança, já se entende que outro não pode ser o responsável por esses

¹¹¹ Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

¹¹² Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato ([art. 441](#)), pode o adquirente reclamar abatimento no preço.

¹¹³ Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

defeitos senão o construtor. Contra ele milita uma *presunção legal e absoluta de culpa por todo e qualquer defeito de estabilidade da obra que venha a se apresentar dentro de cinco anos de sua entrega ao proprietário*. Até mesmo pelos erros de projeto responde o construtor enquanto não demonstrar a sua origem.

O mesmo já não se pode dizer do **empreiteiro que só concorre com o serviço**, recebendo do proprietário o material a ser empregado na obra. Em tal caso, **responderá de maneira absoluta pelo seu trabalho e de modo relativo pelo material utilizado**. Isto porque, como técnico da construção, incumbe-lhe rejeitar tudo quanto for visivelmente impróprio ou insuficiente para a obra, a fim de não comprometer a solidez e a segurança, mas não responde pelos defeitos imperceptíveis do material que lhe é fornecido.

Diante da norma civil e das disposições reguladoras do exercício da Engenharia e da Arquitetura, a responsabilidade pela solidez e segurança da obra é extensiva a todo construtor, qualquer que seja a modalidade contratual da construção. [...] Essa **responsabilidade é de natureza legal**, e, mais que isto, é **de ordem pública**, pois que interessa a toda a coletividade. Daí não ser possível o construtor dela se eximir, ou reduzir o seu prazo ou a sua amplitude. Resulta da lei, independentemente de cláusula que a consigne, e **não admite modificações pela vontade das partes**. É **originariamente do construtor** - profissional ou empresa -, mas **pode estender-se ao autor do projeto, ao fiscal e ao consultor da obra, e até ao proprietário ou à Administração** contratante, quando a lesão atingir vizinhos ou terceiros, vítimas da insegurança da obra particular ou pública.

O **prazo quinquenal dessa responsabilidade é de garantia**, e não de *prescrição*, como erroneamente têm entendido alguns julgados. Desde que a **falta de solidez ou de segurança da obra apresente-se dentro dos cinco anos de seu recebimento**, a **ação contra o construtor** e demais participantes do empreendimento **subsiste pelo prazo prescricional comum de 20 anos, a contar do dia em que surgiu o defeito**. (2011, p. 306-307). (grifo nosso)

Quanto a possibilidade de ajuizar ação após o prazo de garantia, a Súmula 194 do Superior Tribunal de Justiça consolidou tal prazo: “Prescreve em vinte anos a ação para obter do construtor indenização por defeitos da obra”.

Cavaleri Filho esclarece que no **parágrafo único do art. 618**, o **prazo de cento e oitenta dias para ajuizar ação** é claramente *decadencial* e conclui:

- 1) O **prazo de cinco anos** estabelecido no *caput* nada tem a ver com este prazo decadencial. É, como visto, **prazo de garantia**, de ordem pública, irredutível.
- 2) O **prazo de decadência estabelecido neste parágrafo único**, como não poderia deixar de ser, é apenas para o **exercício do direito de ação em relação aos vícios e defeitos que a obra apresentar no período de cinco anos**. Se nesse prazo a obra apresentar defeitos em diferentes momentos, para cada novo defeito haverá o **prazo de 180 dias para a propositura da respectiva ação**, sempre a contar do aparecimento do vício ou defeito. Mesmo em relação àqueles defeitos que, por ironia, só se manifestarem no último dia dos cinco anos.
- 3) Esse **prazo decadencial só se aplica ao dono da obra em relação ao empreiteiro/construtor**, conforme expresso no texto legal, **não afetando a ação de terceiros contra o construtor**, sujeitos apenas à *prescrição*, no prazo estabelecido no Código Civil (2014, p. 414-415). (grifo nosso)

O *contrato de construção*, na modalidade de empreitada ou por administração, envolve **obrigação de resultado**, seu objeto é a *obra pronta e acabada*, apta a ser utilizada.

O construtor responde pelos defeitos que possam surgir *durante o tempo razoável* de *expectativa de durabilidade da obra*, conforme se segue:

Se o **defeito aparecer no prazo de garantia de cinco anos**, previsto no art. 618 do Código Civil, a **responsabilidade será objetiva**, bastando a prova da relação de causa e efeito entre o vício e o dano resultante. Se, contudo, o **defeito surgir após o prazo de cinco anos, mas durante tempo de razoável expectativa de durabilidade da obra**, é **indispensável a prova da culpa do construtor**, com a **demonstração de que o dano é consequência de falha construtiva** causada por dolo ou por imperícia, imprudência ou negligência do construtor (MEIRELLES, 2011, p. 298). (grifo nosso)

Cavaliere Filho afirma que quando a lei fala em solidez e segurança, está se referindo não apenas à solidez e segurança globais, mas também, parciais. Traz como exemplo o julgado do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Quando a **lei fala em solidez e segurança** está a **alargar a aplicação da norma jurídica** tanto aos casos em que a **falta de solidez de uma peça ou a parte ameace a segurança global da edificação, como aos em que a falta de solidez parcial repercute apenas na segurança daquela parte** (Ap. Cível 39.780, rel. Des. Paulo Roberto Freitas, de 31 de agosto de 1987, j. 25 de fevereiro de 1987). (grifo nosso)

O autor exemplifica com a falta de solidez da caixa d'água ou das placas componentes da fachada do edifício que, embora não ameaçando arruinar o edifício inteiro, esteja a ameaçar de ruína a caixa d'água inteira ou a fachada inteira (2014, p. 416).

A *jurisprudência ampliou a abrangência dos vícios ocultos*, para *além dos que afetem a solidez e segurança* da obra, *incluindo* os casos que não tenham como consequência a ruína da edificação, mas que *comprometam a saúde e segurança dos usuários*, mesmo que em futuro mediato (como infiltrações, rachaduras, queda de revestimentos, etc.). Isso inclui também os vícios mais leves como quebra de torneiras, em que o construtor também se mantém responsável pelo período de cinco anos, pois a construção envolve obrigação de resultado, e *o construtor responde pelas falhas* que ocorrerem *e pelas informações inadequadas sobre o uso e riscos*, baseado no art. 14¹¹⁴ do *Código de defesa do consumidor* (MEIRELLES, 2011, p. 301).

¹¹⁴ Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

- I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
- II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
- III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O autor afirma que, em relação ao prazo para a reclamação por falhas na construção, este prazo deve ser único:

a falha construtiva (material inadequado por falta de qualidade ou quantidade, ou serviço mal executado, ou não aplicação de norma técnica da ABNT) provoca danos na construção (vícios ou defeitos), que podem ocasionar outros danos eventualmente mais graves. A nosso ver, o prazo para reclamar o ressarcimento de todos esses danos há de ser único, não se justificando que para uns se conceda o prazo decadencial de um ano e para outros a prescrição de três anos. **Para todos os danos decorrentes de falhas construtivas** só percebidas após o recebimento da obra a **pretensão de reparação civil prescreve em três anos**, conforme o **art. 206, §3º, V¹¹⁵ do Código Civil** (2011, p. 303).

Meirelles esclarece que o contrato de construção é o único que tem prazo de garantia legal de cinco anos, conforme o art. 618 do Código Civil. Originalmente aplicado apenas para problemas de solidez e segurança da edificação, mas que a jurisprudência adotou como prazo geral de garantia da construção civil. Assim, aparecido vício redibitório dentro do prazo de garantia, permite-se a redibição do contrato (devolução da edificação pleitear sua anulação em decorrência de vício oculto) ou abatimento do preço, com prazo decadencial de um ano para pleitear o direito, conforme o art. 445, §1º do Código Civil.

A seguir temos julgado que trata da responsabilidade civil de arquiteto, por problemas ocorridos na impermeabilização da construção, dois anos após a entrega da obra:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO RETIDO. DOCUMENTO JUNTADO NA APELAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO. PROJETO E EXECUÇÃO DE CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. MÁ EXECUÇÃO DA OBRA. ARQUITETA. PROFISSIONAL LIBERAL. ART.14, § 4º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR.[...] Responsabilidade Civil do Profissional Arquiteto - Prevalece para o profissional da área de arquitetura a teoria subjetiva, na qual se perquire a culpa em qualquer uma das suas modalidades (imprudência, imperícia ou negligência). -

¹¹⁵ Art. 206. Prescreve:

[...] § 3º Em três anos:

[...] V - a pretensão de reparação civil;

Relativo a aplicação dos prazos de reclamação de vícios nos primeiros cinco anos, seriam aplicáveis, segundo Meirelles:

- a) Se aparecer no primeiro ano da entrega da obra, e for defeito grave, pode-se entrar com ação redibitória ou a *quantum minoris* em um ano do aparecimento do vício;
- b) Se o vício oculto vier a afetar a segurança ou solidez da obra, poderá demandar reparação civil no prazo de três anos, conforme o art. 206, § 3º, V do Código Civil;
- c) ou em cinco anos para os defeitos (art. 27 do Código de defesa do consumidor), a contar do aparecimento do dano;
- d) Ou, alternativamente, pleitear a redibição do contrato nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito, conforme o parágrafo único do art. 618 do Código Civil;
- e) Se o vício for leve, poderá solicitar a reparação civil em três anos, conforme o art. 206, § 3º, V do Código Civil.(2011, p. 302)

Dever de Indenizar - Caso em que o autor contratou os serviços da arquiteta demandada para **elaboração de projeto e execução de construção** do seu imóvel. Houve a construção da casa e **em menos de dois anos da conclusão da obra, a edificação passou a apresentar problemas com umidade oriunda do solo, causando danos** localizados no piso, reboco e na pintura, existindo manchas próximas aos rodapés, com descoloração da pintura, formação de bolhas e descascamento dos cômodos. **Agir negligente da profissional** demandada que **se omitiu na adoção de medidas necessárias para impedir a passagem da umidade para as paredes internas e externas do imóvel, especialmente no que se refere à utilização da impermeabilização** do imóvel, procedimento padrão e rotineiro para o porte da construção edificada pela demandada. **Dever de indenizar por caracterizado o ilícito civil.** [...] APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70049489545, Nona C Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 12/12/2012). (grifo nosso)

Enquanto que o Código Civil considera vício e defeito como sinônimos, o **Código de defesa do Consumidor** os diferencia: o *vício* afeta a perfeição da obra, diminuindo seu valor; *defeito* é falha mais grave, põe em risco a segurança do consumidor.

O Código de defesa do consumidor, no art. 18¹¹⁶, dispõe que os fornecedores de produtos duráveis, respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo ou lhes diminua o valor, assim como o de serviços, no art. 20¹¹⁷. Consideram-se impróprios ao uso os produtos que se revelem imprestáveis ao fim a que se destinam (art. 18, §6º, III) e os serviços inadequados para os fins que razoavelmente dele se esperam (art. 20, §2º).

Esses artigos não trazem expressamente que a responsabilidade seja independente de culpa, como nos arts. 12 e 14. Meirelles afirma que *há presunção legal de culpa*, pois o produto ou serviço deve atender aos fins a que se destina. *O que se admite é a inversão do ônus da prova*: o fornecedor deve demonstrar que não agiu com imprudência, negligência ou imperícia para se eximir da responsabilidade. Verificado o vício, o consumidor tem 90 dias para reclamar sua correção (art. 26, §3º).

¹¹⁶ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

[...] § 6º São impróprios ao uso e consumo:

[...] III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

¹¹⁷ Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

[...] § 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

O Código do consumidor traz a **responsabilidade por defeito da obra**, falha mais grave, que afeta a segurança, tratada como fato do produto ou do serviço, nos arts. 12 a 17. A lei cria *um dever de segurança e perfeição da obra*, pelo qual respondem todos aqueles que a *produziram ou colaboraram para sua introdução no mercado*. Considera que a *garantia deve estender-se pelo prazo razoável de durabilidade da construção*, muito superior aos cinco anos previstos no art. 618 do Código Civil, presume-se que a estrutura possua durabilidade de mais de cinquenta anos. Assim, o *consumidor pode reclamar dos defeitos da construção mesmo depois dos cinco anos*, bastando *demonstrar que o defeito provém de falha construtiva*, não oferecendo a segurança que dele se espera, conforme o art. 12, §1º¹¹⁸

Meirelles alerta ainda que além da responsabilidade do construtor, há a **responsabilidade do dono da obra**, que auferir os proveitos da construção. A responsabilidade do proprietário em relação aos vizinhos se baseia no art. 1.299¹¹⁹ do Código Civil que, ao garantir-lhe o direito de construir em seu terreno, assegura aos vizinhos à incolumidade física e patrimonial; em relação aos terceiros (não vizinhos), aplica-se o art. 937¹²⁰ do Código Civil, que cria presunção de responsabilidade para o proprietário do prédio em construção. Há assim, *solidariedade passiva entre o construtor e o dono da obra*.

O construtor sempre responderá perante o proprietário ou a Administração, mas ele terá o direito de chamar também os autores dos projetos quando o defeito tiver relação com falha de projeto. Tal responsabilidade é inerente ao exercício profissional, decorrendo das normas reguladoras da Arquitetura e da Engenharia como atividades técnicas vinculadas à construção, sendo responsabilidade legal, não contratual (MEIRELLES, 2011, p. 312).

¹¹⁸ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

¹¹⁹ Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

¹²⁰ Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Além disso, os profissionais arquiteto, engenheiro ou empresa habilitada respondem técnica e civilmente por seus trabalhos, caso os execute pessoalmente ou por meio de prepostos ou auxiliares. Meirelles prossegue:

Em tema de construção, pode-se dizer que **há uma cadeia de responsabilidades**, que se **inicia no autor do projeto e termina no seu executor, solidarizando todos os que participem do empreendimento**. Se, além do projetista e do construtor, houver, ainda um fiscal ou consultor da obra, responderá também por seus defeitos e insegurança. [...] o incorporador responde solidariamente com o construtor pelos vícios e defeitos das obras realizadas por meio de incorporação imobiliária. Nos termos da Lei 4.591/1964, *incorporador* é “a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas” (art. 29). (grifo nosso)

Conclui o autor que a responsabilidade do incorporador decorre da lei, sendo obrigação de resultado. Cita a jurisprudência do STJ: “Empreiteiro e incorporador – Solidez e segurança da obra. A responsabilidade do empreiteiro se funde na do incorporador que a absorve e cujo prazo de prescrição é o comum ou ordinário de vinte anos” - STJ. REsp 2.302, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 4.6.1990- (MEIRELLES, 2011, p.313).

O Código do consumidor prevê ainda como ***direito do consumidor a informação adequada*** e clara sobre os produtos, com suas características, qualidade, preço e riscos (art. 6º, III). O art. 50 e seu parágrafo único preveem que a garantia contratual é complementar à legal mediante termo escrito. Sendo a edificação o produto, deve ser entregue ao primeiro comprador do imóvel o ***Manual do Proprietário*** (NBR 5.671/1989), podendo servir de base para a redação do texto a NBR 5.674/1999, que trata da “Manutenção de edificações” e a NBR 14.037/1998, o “Manual de Operação, uso e manutenção das edificações”. Posteriormente, a ABNT editou a NBR 15.575/2013– “Desempenho de edificações”, para edifícios de até cinco pavimentos, que define o uso correto, operação e manutenção do imóvel prazos de garantia dos componentes da edificação (MEIRELLES, 2011, p. 316-318).

A seguir, trazemos julgado do TJSC, que trata de problemas na estrutura do imóvel, com a responsabilização civil da arquiteta, pelo art. 14, §4º do CDC, conforme segue:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ARQUITETURA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO RÉU. PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. INSUBSISTÊNCIA. **CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER EM PERDAS E DANOS** QUE PODE SER DETERMINADA, INCLUSIVE, DE

OFÍCIO. EXEGESE DO ART. 461, § 1º, DO CPC/73, VIGENTE À ÉPOCA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, E DO ART. 499 DO NCPC.

"Na impossibilidade material de ser cumprida a obrigação de forma específica, o juiz deverá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação." (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery).

MÉRITO. CONTRATAÇÃO DE ARQUITETO PARA ELABORAÇÃO DE PROJETOS, SUPERVISÃO E COORDENAÇÃO DE EDIFICAÇÃO RESIDENCIAL. **PROBLEMAS APRESENTADOS NA ESTRUTURA DO IMÓVEL, APÓS A CONCLUSÃO DAS OBRAS. AFUNDAMENTO DA PARTE FRONTAL DA RESIDÊNCIA. LAUDO PERICIAL QUE APONTA EQUÍVOCO NA ESCOLHA DO TIPO DE FUNDAÇÃO RECOMENDADA NO PROJETO ARQUITETÔNICO.**

RESPONSABILIDADE CIVIL ATRIBUÍDA INTEGRALMENTE AO RÉU. INTELIGÊNCIA DO ART. 14, §4º, DO CDC. SENTENÇA ESCORREITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação n. 0002635-79.2006.8.24.0072. Rel.: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. 2ª Câmara de Direito Civil. 30.06.2016)

3.1.3 Responsabilidade por danos a vizinhos e a terceiros

Cavaliere Filho afirma que a garantia do art. 618 do Código Civil, sendo de ordem pública em defesa da incolumidade e segurança coletivas, traz à conclusão que o construtor tem responsabilidade não só perante o dono da obra, mas também em relação a terceiros (vizinhos ou não) que eventualmente venham a sofrer algum dano pelo fato da obra (como rachaduras nos prédios vizinhos em função de escavação no terreno, queda de materiais atingirem transeuntes, desabamentos que ferem pessoas, etc.). Como não existe relação contratual anterior entre o construtor e os terceiros prejudicados, sua **responsabilidade é extracontratual**, podendo ser enquadrada no *parágrafo único do art. 927¹²¹ do Código Civil, além do art. 618*. Isso devido ao fato da atividade profissional do construtor ser de risco e, como tal, sua **responsabilidade é objetiva**, bastando para caracterizá-la, a relação de causalidade entre o dano e a construção. Somente o fortuito externo, a causa inteiramente estranha à construção poderá excluí-la (2014, p. 417).

Meirelles esclarece:

O que solidariza e vincula os responsáveis pela reparação do dano é, objetivamente, a lesão aos bens do vizinho proveniente do fato da construção, fato, este, proveitoso tanto para o dono da obra como para quem a executa com fim lucrativo. [...] Nessa responsabilidade não se incluem o autor do projeto e o fiscal da construção, nem o mestre ou encarregado da obra, pois estes só tem

¹²¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

encargos profissionais com o proprietário, e estas obrigações trabalhistas com o construtor, de quem são prepostos leigos (MEIRELLES, 2011, p. 320).

Aos ***empreiteiros de serviços***, que realizam partes da obra, subordinados ao construtor diplomado, sendo artífices leigos, estão sob sua orientação e responsabilidade, ***não cabe a responsabilização civil por danos a terceiros***, nem há solidariedade com o proprietário ou construtor.

O ***autor do projeto igualmente não responde por danos a vizinhos***, sua responsabilidade é encampada pelo construtor, profissional que assume os riscos técnicos e econômicos da construção perante o proprietário e com ele responde perante a vizinhança, mas poderá ser chamado regressivamente, caso o evento danoso tenha resultado de defeito de projeto ou erro de cálculo.

O ***que obriga o construtor a reparar o dano***, independentemente de culpa, em atividades de risco como a construção, é o ***dever de segurança e de informação***, sobre a ***periculosidade da atividade, sem prejuízo das medidas cabíveis***, conforme dispõe os arts. 8º¹²² e 9º do Código de defesa do consumidor.

O construtor ***somente não será responsável*** quando ***provar a culpa exclusiva do terceiro*** ou a ***inexistência de qualquer falha na obra ou no serviço*** (art. 12,§3º)¹²³, pois ***há a inversão do ônus da prova***, cabendo ao prejudicado apenas demonstrar que o dano foi decorrente da construção.

A ***responsabilidade do construtor*** (pessoa física ou jurídica habilitada a construir, registrada no CREA ou no CAU) é ***objetiva***. Já os ***profissionais liberais*** tem ***responsabilidade***

¹²² Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

¹²³ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, [...]

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

civil mediante a apuração de culpa, conforme o art. 14, §4º do Código do consumidor.

Meirelles esclarece que:

A responsabilidade objetiva é do empresário individual ou da empresa, não do profissional liberal. Por essa razão, o autor do projeto e o fiscal da obra, profissionais devidamente habilitados, **não respondem solidariamente com o construtor por danos a terceiros.** Poderão eventualmente ser demandados pelo construtor, caso se **demonstre que o dano foi causado por falhas de sua atuação** (2011, p. 324). (grifo nosso)

Caso o construtor subcontrate serviço ou parte da obra com outra firma ou profissional habilitado e resultar dano a terceiro, responderão pela reparação da lesão em solidariedade, porque ambos exercem atividade de risco (art. 927, parágrafo único¹²⁴ do Código Civil).

Em relação ao proprietário da obra, ele não exerce normalmente atividade de risco, pois quem toma as providências técnicas para evitar danos é o construtor. Assim também não se pode fundamentar a responsabilidade solidária no art. 937 do Código Civil, que trata da ruína do edifício por falta de reparos, pois se trata de edifício em construção. Admite-se *responsabilidade subsidiária*, o proprietário responderá pela reparação dos danos caso o construtor não possa suportá-los, já que ele é o beneficiário da obra. No caso de *edifício em ruínas*, devido à falta de reparos, a *responsabilidade é do proprietário*, culpa legalmente *presumida pelo fato da ruína*, abandono negligente da construção. Se estiver sendo reparada e ruir, a responsabilidade é solidária do proprietário e do construtor que se incumbiu de reparos e não os fez a tempo, pois é responsabilidade objetiva.

No caso de danos causados pelo construtor ou seus prepostos, como a queda de andaime ou ferramenta que atinja transeunte, a responsabilidade é do construtor, respondendo o proprietário subsidiariamente, por ser o beneficiário da obra.

A seguir, apresentamos julgado do TJSC, que trata dos danos causados por execução de obra terraplenagem junto ao muro do vizinho, causando a queda do muro e alagamento no imóvel vizinho:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RÉ QUE REALIZOU OBRAS DE TERRAPLANAGEM EM SEU TERRENO, NÃO ATENTANDO PARA A ADEQUADA TUBULAÇÃO VISANDO A CANALIZAÇÃO DAS ÁGUAS PROVENIENTES DAS CHUVAS, PROVOCANDO, EM CONSEQUÊNCIA, O ALAGAMENTO DO IMÓVEL DOS AUTORES, APÓS A QUEDA DO MURO QUE DIVIDIA OS TERRENOS LINDEIROS, EM RAZÃO DA ENXURRADA QUE ASSOLOU

¹²⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O MUNICÍPIO DE LAGES EM JULHO DE 2011. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. PRELIMINAR DE DENUNCIÇÃO DA LIDE AO DNIT E OUTRAS DUAS EMPRESAS.[...] . RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA ACIONADA. ALEGADA AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A SUA CONDUTA E OS DANOS CAUSADOS AO IMÓVEL DOS AUTORES. INSUBSISTÊNCIA. **DEFESA CIVIL QUE, APÓS REALIZAR VISTORIA NO LOCAL, RECONHECEU A INSUFICIÊNCIA DE TUBULAÇÃO NO TERRENO DA RÉ, DETERMINANDO A REMOÇÃO DE PARTE DO ATERRO, O QUE FOI PRONTAMENTE ATENDIDO. FORTES CHUVAS QUE RETORNAM NO MÊS SEGUINTE, SEM CAUSAR DANOS, EVIDENCIANDO QUE O SINISTRO DERIVOU DA NEGLIGÊNCIA DA ACIONADA NO TOCANTE À TERRAPLANAGEM INICIALMENTE REALIZADA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO.**

[...] .(Apelação n.0014889-13.2011.8.24.0039, de Lages. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 06 out. 2016).

3.1.4 Outras responsabilidades decorrentes da construção

Dentre as responsabilidades decorrentes da construção, existem ainda: a responsabilidade por construção clandestina, a responsabilidade ético-profissional, a responsabilidade administrativa, a responsabilidade trabalhista e previdenciária, a responsabilidade penal.

Faremos apenas breve menção sobre elas, pois não serão objeto específico de nosso estudo.

3.1.4.1 Responsabilidade por construção clandestina

A construção clandestina é considerada atividade ilícita por contrariar a norma edilícia que condiciona a edificação à licença prévia na Prefeitura.

Por obras clandestinas *responde, em regra, o proprietário*, mas com ele pode *solidarizar-se o construtor* que a executar, baseado no princípio geral de Direito que vincula à falta administrativa, à infração penal, ou ao ilícito civil todos os que dela participam.

O proprietário responde também perante a Administração Pública, perante vizinhos ou terceiros pelas obras clandestinas realizadas pelo inquilino, por omissão de vigilância do locatário. As obras clandestinas *são passíveis de embargo pelo Poder Público e pelos vizinhos* se lesados em seus direitos individuais ou interesses legítimos.

3.1.4.2 Responsabilidade ético-profissional

A construção gera ainda outras modalidades de responsabilidade, como a responsabilidade ético-profissional para o autor do projeto, para o executor, fiscais e

consultores da obra. Deriva de imperativos morais que regem o exercício da profissão em respeito aos clientes, aos colegas profissionais e suas empresas. São expressos no Código de Ética e estão implícitos nas normas reguladoras da profissão, punidos com sanções advertência reservada ou censura pública. Visam proteger direitos autorais e a conduta profissional, só incidem sobre faltas dolosas, não punindo qualquer ação culposa (MEIRELLES, 2011, p. 329).

A Constituição federal, em seu art. 5º, XXVII e XXVIII¹²⁵ protege a propriedade imaterial. A **lei 9.610/1998** trata dos direitos autorais e considera como obras intelectuais protegidas, as criações do espírito, expressas em qualquer meio, dentre as quais, os projetos de engenharia, arquitetura e paisagismo (art. 70, inciso X)¹²⁶. Além dessas normas, a **Resolução n.67/2013 do CAU**, conceitua:

Art. 2º **Constituem obras intelectuais protegidas**, os **projetos, obras** e demais **trabalhos técnicos de criação no âmbito da Arquitetura e Urbanismo**, que **conferem** ao correspondente **autor direitos autorais**, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, com a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e demais dispositivos legais pertinentes. (grifo nosso)

A **proteção dos direitos de autor** independe de registro e *abrange aspectos patrimoniais e morais*. Conforme o art. 24¹²⁷ da Lei 9.610/1998, para assegurar os direitos morais, o autor deve reivindicar a autoria da obra e assegurar sua integridade, opondo-se a qualquer alteração, além do direito de modificá-la antes ou depois de utilizada. Quanto aos

¹²⁵ Art. 5º

[...] XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

¹²⁶ Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

[...] X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

¹²⁷ Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

direitos patrimoniais, o art. 28¹²⁸ da Lei afirma ser do autor o direito de uso, fruição e disposição da obra.

O art. 3º da Resolução n. 67/2013 do CAU prevê a proteção dos direitos autorais:

Art. 3º Os direitos autorais referentes a projetos, obras e demais trabalhos técnicos de criação no âmbito da **Arquitetura e Urbanismo pertencem ao autor** correspondente e **consistem** em:

I - **direitos autorais morais**: são os direitos relativos à paternidade da obra intelectual, indicados no art. 24 da Lei 9.610, de 1998; e

II - **direitos autorais patrimoniais**: são os direitos de utilizar, fruir e dispor da obra intelectual.

§ 1º Os direitos autorais morais são inalienáveis e perpétuos.

§ 2º Os direitos autorais patrimoniais são transmissíveis e prescritíveis.

§ 3º Os direitos autorais patrimoniais perduram por setenta anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor da obra intelectual protegida.

Meirelles traz as formas usuais de faltas éticas: *plágio de projeto, usurpação de projeto, alteração de projeto e crime de violação de direito autoral*.

O *plágio de projeto* é a cópia da concepção de outro profissional, com modificações de detalhe que apenas visam dissimular a reprodução. Mesmo visando aprimorar o projeto para posterior execução, não poderá outro profissional modificá-lo sem a autorização do autor, pois lei veda a reprodução de obra a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la (art. 33)¹²⁹, além da vedação do art. 18¹³⁰ da lei 5.194/1966.

O art. 6º da Resolução 67/2013 do CAU, traz o conceito de repetição indevida e cópia de projeto conforme se segue:

Art. 6º Para os efeitos desta Resolução considera-se:

I - **Repetição indevida**: reprodução integral de projeto ou outro trabalho técnico de criação em Arquitetura e Urbanismo, realizada em desacordo com o art. 5º desta Resolução e efetuada por pessoa física ou jurídica que é titular de algum direito patrimonial sobre a obra intelectual;

II - **Cópia**: reprodução integral de projeto ou outro trabalho técnico de criação em Arquitetura e Urbanismo, efetuada por pessoa física ou jurídica que não é titular de nenhum direito patrimonial sobre a obra intelectual. (*grifo nosso*)

¹²⁸ Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

¹²⁹ Art. 33. Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor.
Parágrafo único. Os comentários ou anotações poderão ser publicados separadamente.

¹³⁰ Art. 18. As alterações do projeto ou plano original só poderão ser feitas pelo profissional que o tenha elaborado.

Parágrafo único. Estando impedido ou recusando-se o autor do projeto ou plano original a prestar sua colaboração profissional, comprovada a solicitação, as alterações ou modificações deles poderão ser feitas por outro profissional habilitado, a quem caberá a responsabilidade pelo projeto ou plano modificado.

A Resolução traz expressamente em seu art. 5º, a possibilidade de repetição de projeto apenas com a autorização do autor:

Art. 5º Qualquer projeto ou trabalho técnico de criação só poderá ser repetido com a anuência do detentor do direito autoral patrimonial correspondente, respeitados os direitos autorais morais do autor.

Outra falta ética, a **usurpação de projeto** também enseja a reparação civil, pela lesão aos direitos patrimoniais do autor.

No plágio, o projeto é mantido na sua concepção, mas alterado em detalhes; na usurpação, é reproduzido na íntegra, sem autorização do autor (MEIRELLES, 2011, p. 329)

Há ainda a Alteração de projeto que, segundo Meirelles, é a introdução de modificações na concepção original sem prévia aquiescência de seu autor.

Conforme o art. 24, IV da Lei 9.610/1998, cabe ao autor impedir modificações prejudiciais ao projeto ou à sua reputação profissional, mas se já estiverem executadas, poderá retirar seu nome do projeto e haver as indenizações cabíveis dos responsáveis pelas alterações. O art. 26¹³¹ da lei permite ao proprietário da obra, sem alterar materialmente o projeto, que faça modificações à revelia do autor, durante a execução ou depois de concluída a obra, cabendo apenas ao autor repudiar a paternidade do projeto, ficando o proprietário impedido de dar a obra como concebida pelo autor que a rejeitou.

O art. 16 da Res. 67/2013 do CAU prevê que as *alterações de projeto são aceitas* apenas com o *consentimento escrito do autor*, se *acompanhado do respectivo RRT ou ART*:

Art. 16. **Alterações** em trabalho de autoria de arquiteto e urbanista, tanto em projeto como em obra dele resultante, **somente poderão ser feitas mediante comprovação do consentimento por escrito do autor original** ou, se existirem, de todos os coautores originais.

§ 1º É do autor da alteração a obrigação de obter o consentimento do autor original.

§ 2º **A alteração deve ser precedida de Registro de Responsabilidade Técnica (RRT)**, que, quando for cabível, deve vincular-se ao Registro de Responsabilidade Técnica (RRT) ou à **Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) do projeto da obra original**.

O art. 18 da Resolução do CAU prevê a *hipótese de coautoria quando de alteração*:

Art. 18. Na hipótese de a **alteração não ter sido concebida pelo autor original**, o **resultado final terá como coautores** aquele e o **autor da alteração**.

Parágrafo único. A autoria da obra passará a ser apenas do autor da alteração se esta for a decisão expressa do autor original.

¹³¹ Art. 26. O autor poderá repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão da construção.

Parágrafo único. O proprietário da construção responde pelos danos que causar ao autor sempre que, após o repúdio, der como sendo daquele a autoria do projeto repudiado.

Meirelles alerta que diferente do plágio e da usurpação, que atingem os direitos patrimoniais do autor, a alteração atenta contra seus direitos morais, liberando-o da responsabilidade pela imperfeição ou insegurança da obra, a qual se transfere, solidariamente, ao proprietário e aos profissionais que fizeram ou aconselharam as modificações (2011, p. 330).

Há ainda o *crime de violação de direito autoral*, previsto pelo art. 184¹³² do Código Penal, que não será objeto específico deste estudo, pois estamos tratando apenas da responsabilidade civil.

O autor do projeto, segundo Meirelles:

tem exclusividade na concepção, divulgação e utilização, não sendo lícito a ninguém alterá-los, divulgá-los, utilizá-los ou reproduzi-los sem autorização do autor, como, também, **mantê-los em seu poder para os fins de exploração**. Toda essa conduta **constitui crime de violação de direito autoral**, concernente ao exercício da Engenharia, da Arquitetura e da Agronomia, **inclusive** quando se tratar de **obra pública**. Daí porque a **Lei 8.666, de 21.6.1993, exige a prévia cessão dos direitos do autor do projeto à Administração para a sua regular utilização** (art. 111)¹³³ (2011, p. 331-332).

A sanção penal deve ser acompanhada das sanções civis e administrativas previstas na lei 9.610/1998 – de proteção aos direitos autorais, por serem responsabilidades independentes em processos autônomos. Não trataremos das sanções ético-profissionais nesse estudo.

3.1.4.3 Responsabilidade trabalhista e previdenciária

Perante a legislação trabalhista, arquiteto, engenheiro ou firma de Engenharia e Arquitetura que mantêm empregados para exercício da profissão ou para a execução de obra particular ou pública, são *empresa* e devem seguir os *preceitos de ordem pública*, a **CLT-Consolidação das Leis do trabalho** e a **Lei 8.212/1991** – trata da *organização da*

¹³² Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: [\(Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#)
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa

¹³³ Art. 111. A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.

Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

Seguridade Social. Por isso, obrigatória a matrícula da construção no INSS, ao pedir o alvará de construção e aprovação do projeto na Prefeitura.

O disposto no art. 30, VI e a Lei 8.212/1991 traz que o **construtor e o proprietário** são **solidariamente responsáveis pelos encargos salariais, acidentários e previdenciários** dos empregados da obra.

Quando a **obra for pública** e a **Administração a executar diretamente** através de seus **órgãos**, assume as **responsabilidades que caberiam a um construtor particular**. Porém, quando **contrata a construção com empresa habilitada** a construir, mantém-se na situação de simples dono da obra, só **responde solidariamente com o construtor pelas obrigações previdenciárias** conforme a **Lei 8.666/1993**, em seu art. 71¹³⁴, pois a responsabilidade trabalhista não é transferida do construtor contratado à Administração.

3.1.4.4 Responsabilidade administrativa

Segundo Meirelles, a responsabilidade administrativa:

é autônoma e inconfundível com as demais, visto que **resulta objetivamente da violação de preceito legal ou regulamentar da atividade profissional** ou de **exigência formal para o projeto** ou para a **realização da obra**. Enquanto a **responsabilidade civil provém de lesão ao patrimônio de outrem**, a **responsabilidade administrativa origina-se simplesmente de atentado ao interesse público**, sempre **presumido nas imposições da Administração ao administrado** (2011, p. 337). (grifo nosso)

As **sanções administrativas** escalonam-se em **multa, embargo de obra, suspensão e interdição de atividade**, e, não tendo natureza penal, podem recair tanto na pessoa física do profissional da Arquitetura ou Engenharia, como na pessoa jurídica de sua firma, sendo suportados pelo autor, como por seus sucessores na obra ou empresa, mas não se transmitem à Administração contratante, desde que o contrato tenha sido celebrado com firma ou profissional legalmente habilitado. Não serão objeto desse estudo.

3.1.4.5 Responsabilidade penal

A **responsabilidade penal** decorrente de construção é a derivada do cometimento de **crime de desabamento** (art. 256 do Código Penal), que sujeita o autor e coautor, unicamente

¹³⁴ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do [art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#). ([Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995](#))

pessoas físicas, a sanções de natureza corporal (reclusão, detenção, prisão simples), pecuniária (multa) ou restritiva de direito. Há também a *contravenção penal* por *desabamento ou perigo de desabamento* (art. 29 e 30 da Lei de contravenções penais, o Decreto-lei 3.688/1941).

O crime de desabamento pode ser na modalidade dolosa ou culposa. Na dolosa, é causar, por ação ou omissão intencional a queda da construção ou de partes do solo, expondo a perigo a vida ou patrimônio de alguém. Exemplos dessa modalidade é a demolição por meios violentos (com dinamite – dolo direto), ou que, realizando trabalhos em outra obra, provocam desabamento de construção vizinha em razão de abalos, recalques ou infiltrações (assumiu o risco de produzir o dano - dolo eventual). Demolição, em si, não é crime, é atividade lícita e permitida ao proprietário no uso regular do seu direito de construir e destruir as obras em sua propriedade, desde que respeite as normas técnicas pertinentes.

A modalidade culposa do crime de desabamento ou desmoronamento são resultantes de falhas na execução da obra ou erros de projeto, a princípio, responsáveis os profissionais habilitados projetistas, ou executores da obra. Normalmente não alcançam o proprietário nem os encarregados e operários. O fiscal, por ser profissional do mesmo nível do encarregado da construção, responde penalmente pelo desabamento em coautoria com o construtor, porque a causa do evento criminoso passou por sua fiscalização.

Já a *contravenção de perigo de desabamento* se configura pela omissão de providências necessárias – reparos ou demolição de obra ruínosa, conforme o art. 30 da lei. O estado ruínoso deve ser comprovado através de vistoria técnica administrativa ou judicial anterior, apenas se configurando a contravenção, caso persista a omissão do proprietário (MEIRELLES, 2011, p. 340-346).

A seguir, trataremos da responsabilidade profissional do arquiteto enquanto servidor público conforme assumir atividade de projeto, fiscal ou executor da obra pública, cada atividade com especificidades e consequências próprias.

3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ARQUITETO SERVIDOR PÚBLICO: ESPECIFICIDADES

No presente estudo nos dedicaremos a responsabilidade civil do arquiteto que faz parte da Administração Pública, portanto, está sujeito às suas normas e princípios específicos.

Lembremos brevemente o conceito de Administração Pública e os principais princípios que a rege.

Meirelles traz que no Brasil, a Federação possui entidades estatais com autonomia política (além da administrativa e financeira), a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal. As demais pessoas jurídicas instituídas ou autorizadas a se constituírem por lei são as autarquias, as fundações, as empresas governamentais que constituem a Administração descentralizada (ou indireta).

O autor diferencia *governo* de *Administração Pública*: *Governo* é o conjunto de poderes e órgãos constitucionais, expressão política de comando, de fixação de objetivos e de manutenção da ordem jurídica, atua mediante atos de soberania ou de autonomia política na condução dos negócios públicos; já a **Administração Pública** é:

o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o **conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral**; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global é todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. **A Administração não pratica atos de governo; pratica tão-somente atos de execução**, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes (MEIRELLES, 2010, p. 65-66). (grifo nosso)

Governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou norma técnica. Em relação à responsabilidade, Meirelles diferencia:

Governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a *Administração executa* sem responsabilidade constitucional ou política, mas **com responsabilidade técnica e legal pela execução**.

Governo e Administração, como criações abstratas da Constituição e das leis, ***atuam por intermédio de suas entidades***¹³⁵ (pessoas jurídicas públicas ou privadas), de seus

¹³⁵ As **entidades** podem ser *estatais* (pessoas jurídicas de direito público, com poderes políticos: União, Estados-membro, Municípios e Distrito federal); *autárquicas* (pessoas jurídicas de direito público de natureza administrativa, criadas por lei específica para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade que a criou); *entidades fundacionais* (pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, com a lei definindo a área de atuação, conforme o art. 37, XIX da Constituição federal); *entidades empresariais* (pessoas jurídicas de direito privado, instituídas na forma de sociedade de economia mista ou empresa pública, para prestar serviço público possível de ser explorado no modo empresarial ou exercer atividade econômica de relevante interesse coletivo) ou *entidades paraestatais* (pessoas jurídicas de direito privado, autorizadas por lei a prestar serviços ou atividades de interesse coletivo ou público, não exclusivos do Estado (SESI, SENAI, etc.) e organizações sociais (regulamentadas pela lei 9.648/1998).

órgãos¹³⁶ (centros de decisão, entes despersonalizados) e de seus **agentes** (pessoas físicas investidas em cargos e funções).

Órgãos Públicos, segundo Meirelles, “*são centros de competência* instituídos para a *realização das funções estatais através de seus agentes*, cuja *atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem*” (2010, p.68). (grifo nosso)

Cada órgão, como centro de competência possui funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica. Isso explica porque a alteração de funções, a vacância dos cargos, ou a mudança de seus titulares não acarreta a extinção do órgão. Não há entre a entidade e seus órgãos relação de representação ou de mandato, mas sim de *imputação*, porque a atividade dos órgãos identifica-se e confunde-se com a da pessoa jurídica. Assim, os órgãos do Estado são o próprio Estado compartimentado em centros de competência, destinados ao desempenho das funções estatais. Por sua vez, a vontade psíquica do agente (pessoa física) expressa a vontade do órgão, que é a vontade do Estado, do Governo e da Administração. Quando o agente ultrapassa a competência do órgão surge a sua responsabilidade pessoal perante a entidade; como também, quando esta desconsidera direitos do titular do órgão, pode ser compelida judicialmente a respeitá-los. Há, pois de distinguir a *atuação funcional do agente*, sempre imputável à Administração, da *atuação pessoal do agente* além da sua competência funcional ou contra a Administração, na defesa de direitos individuais de servidor público: aquela deflui de relações orgânicas; esta resulta de relações de serviço (MEIRELLES, 2010, p.70).

Agentes públicos são:

todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, **do exercício de alguma função estatal**. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares. O cargo ou a função pertence ao Estado, e não ao agente que o exerce (MEIRELLES, 2010, p.76).

Os cargos são apenas os lugares criados no órgão para serem providos por agentes que exercerão as suas funções na forma legal. Toda função é atribuída e delimitada por norma legal, é a *competência* do órgão, do cargo e do agente, ou seja, a natureza da função e o limite

¹³⁶ **Órgãos Públicos** são centros de competência instituídos para a realização das funções estatais através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. A criação ou extinção depende de lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo, conforme os arts. 48, XI e 61, §1º, “e” da CF/1988. Não se deve confundir a *imputação* da atividade funcional do órgão à pessoa jurídica com a *representação* desta perante a Justiça ou terceiros: a imputação é da atuação do órgão à entidade a que ele pertence; a representação é perante terceiros ou em juízo, por certos agentes (MEIRELLES, 2010, p. 68-70).

de poder para o seu desempenho. Quando o agente ultrapassa esse limite, atua como com *abuso ou excesso de poder*.

Os **agentes públicos** dividem-se em cinco espécies: *agentes políticos*¹³⁷, *agentes administrativos*, *agentes honoríficos*,¹³⁸ *agentes delegados*¹³⁹ e *agentes credenciados*¹⁴⁰.

Interessa-nos estudar com maior detalhe os agentes administrativos, pois o arquiteto é parte desta categoria. **Agentes administrativos**, segundo Meirelles, são:

todos que **se vinculam ao Estado ou à suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico determinado pela entidade estatal a que servem**. São investidos a título de emprego e com retribuição pecuniária, em regra por nomeação, e excepcionalmente por contrato de trabalho ou credenciamento (2010, p.80). (grifo nosso)

Os agentes administrativos não são membros de Poder do Estado, nem o representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem, conforme o cargo, emprego ou a função em que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhe são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político.

¹³⁷ Os **agentes políticos** são os componentes do Governo investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. São as autoridades supremas do Governo e da Administração na sua área de atuação. Tem plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. Caso não existisse, ficariam tolhidos de liberdade de decisão e opção ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados. A essa categoria pertencem os chefes do Executivo, seus auxiliares diretos, membros das corporações legislativas, do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, representantes diplomáticos (MEIRELLES, 2010, p. 77-79).

¹³⁸ **Agentes honoríficos** são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, honorabilidade ou notória capacidade profissional, sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. É o chamado *mínus público*, ou serviços públicos relevantes como função de jurado, de mesário eleitoral, etc.

¹³⁹ **Agentes delegados** são particulares – pessoas físicas ou jurídicas, que recebem a incumbência de executar determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. São os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios, os leiloeiros, etc. A responsabilidade do delegante é subsidiária pelos atos lesivos aos usuários ou terceiros, desde que a vítima comprove a insolvência do delegado, devedor principal.

¹⁴⁰ **Agentes credenciados** são os que recebem a incumbência da Administração para representa-la em determinado ato ou praticar atividade específica, mediante remuneração do Poder Público (MEIRELLES, 2010, p. 81-82).

As atribuições de chefia, planejamento, assessoramento ou execução, permanecem no âmbito das habilitações profissionais postas mediante remuneração a serviço da Administração. Daí porque respondem sempre por simples culpa pelas lesões que causem à Administração ou a terceiros no exercício de suas funções, visto que os atos profissionais exigem perícia técnica e perfeição de ofício.

Estes agentes são a maioria dos prestadores de serviços à Administração direta e indireta: servidores públicos concursados (art. 37, II da Constituição federal)¹⁴¹; servidores públicos de cargos ou empregos em comissão titulares de cargo ou emprego público (art. 37, V)¹⁴²; servidores temporários, contratados para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX)¹⁴³ (MEIRELLES, 2010, p. 80-81).

Dentre os agentes administrativos encontra-se o arquiteto que projeta, executa e ou fiscaliza obra pública, objeto de nosso estudo. Este, enquanto agente público deve seguir as normas e princípios administrativos que regem a Administração Pública.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os dois princípios fundamentais e que decorrem da bipolaridade do direito administrativo¹⁴⁴ – liberdade do indivíduo e autoridade da

¹⁴¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

¹⁴² V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

¹⁴³ IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

¹⁴⁴ O Direito administrativo nasceu e se desenvolveu baseado em duas ideias opostas: de um lado, **a proteção dos direitos individuais** frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do estado de Direito; de outro lado, a **necessidade de satisfação dos interesses coletivos**, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do Direito administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar **a supremacia do interesse público sobre o particular**. [...] Segundo Cretella Júnior [...] as **prerrogativas públicas** são “as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular”. [...] Ao mesmo tempo que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da

Administração – são os **princípios da legalidade** e da **supremacia do interesse público sobre o particular**, que são os específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do Direito Público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais (2011, p. 64).

A Constituição federal, em seu art. 37, *caput*, menciona expressamente os princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A lei 9.784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal, no caput de seu art. 2º¹⁴⁵, traz os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Além desses, a Lei 8.666/1993, sobre licitações e contratos traz princípios específicos desses processos.

Não nos deteremos em analisar cada princípio, mas abordaremos brevemente os dois principais: legalidade e supremacia do interesse público.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o **princípio da legalidade**, assim como o controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais.

Segundo esse princípio, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, aplica-se o princípio da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Está expresso no art. 37 e no art. 5º, inciso II da Constituição federal. Assim, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, depende da lei. A observância desse princípio é garantida pelo inciso XXXV do mesmo artigo, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”, mesmo que decorra de ato da Administração (DI PIETRO, 2011, p. 65).

O **princípio da supremacia do interesse público** (ou de finalidade pública) inspira o legislador no momento da elaboração da lei e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação, pois visa proteger o interesse público (característico do direito público; o

coletividade, as **restrições** a que está sujeita limitam sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração. Essas prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre os particulares constitui o **regime jurídico administrativo**. Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de **princípios** que informam o Direito público, em especial, o Direito Administrativo (DI PIETRO, 2011, p. 62-63)

¹⁴⁵ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

interesse individual é protegido pelas normas do direito privado). A lei dá à Administração poderes para desapropriar bens, policiar, intervir, punir, visando o interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Ligado ao princípio da supremacia do interesse público está o da **indisponibilidade do interesse público**. As pessoas administrativas não tem a disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. A disponibilidade está nas mãos dos entes políticos em sua manifestação legislativa, a Administração tem caráter instrumental. Di Pietro comenta:

Por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os **poderes atribuídos à Administração tem o caráter de poder-dever**; são poderes que ele não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhes são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado (2011, p. 67).

O princípio está expresso no *caput* do art. 2º¹⁴⁶ da Lei 9.784/1999 e especificado no parágrafo único, II, que veda a renúncia de poderes.

O arquiteto servidor público em sua atuação profissional concebe projetos arquitetônicos de edificações ou construções públicas e participa da equipe que elabora as licitações para a contratação da execução das obras.

¹⁴⁶ Art. 2º [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

- I - atuação conforme a lei e o Direito;
- II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Nesse momento, cabe distinguirmos *Serviço público* de *Obra pública*, que Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, conceitua como:

Serviço Público é toda **atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade** em geral, mas **fruível singularmente pelos administrados**, que o **Estado assume** como pertinente a seus deveres e **presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público** – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (2011, p. 687). (grifo nosso)

O autor explica que a noção de serviço público se compõe de dois elementos: o substrato material, a prestação de utilidade fruível singularmente pelos administrados (água, luz, transporte coletivo, etc.) e o elemento formal, a submissão a um regime jurídico-administrativo de Direito Público, por isso segue princípios próprios.

Bandeira de Mello propõe dez princípios: 1) o *dever inescusável do Estado promover-lhe a prestação* (diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão); 2) *princípio da supremacia do interesse público*, o norte de qualquer decisão é a conveniência da coletividade; 3) *princípio da adaptabilidade*, ou atualização dentro das possibilidades econômicas do Poder Público; 4) *da universalidade*, aberto à generalidade do público; 5) *da impessoalidade*, inadmissibilidade de discriminações entre usuários; 6) *da continuidade*, impossibilidade de interrupção do serviço e o direito dos administrados que não seja suspenso ou interrompido; 7) *da transparência*, liberação mais ampla possível de conhecimento do que concerne ao serviço; 8) *da motivação*, o dever de fundamentar as decisões; 9) *da modicidade das tarifas e taxas*, pela contraprestação do serviço; 10) *do controle* (interno e externo) sobre as condições de sua prestação (2011, p. 694-695).

Obra Pública, de acordo com Bandeira de Mello é “a *construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público*” (2011, p. 698).(grifo nosso)

O autor segue distinguindo os dois conceitos através da comparação:

- a) a **obra** é, em si mesma, um **produto estático**; o **serviço** é uma **atividade**, algo dinâmico;
- b) a **obra é uma coisa**: o produto cristalizado de uma operação humana; o **serviço** é a **própria operação** ensejadora do desfrute; [...] (MELLO, 2011, p. 698-699).

A atividade profissional do arquiteto servidor público tem por objeto a obra pública, que pode ser executada de duas maneiras: a) **execução direta** quando executadas diretamente pelo Poder Público ou por suas entidades auxiliares (de Direito público, como as autarquias ou de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista); b)

Execução indireta quando contratada com terceiros conforme o art. 6º, I, VII e VII da lei 8.666/1993, que trata das normas gerais de licitação e contratos administrativos. (2011, p. 711-712).

Conforme o art. 6º, VIII da lei 8.666/1993, a execução indireta, por sua vez, possui três modalidades: a) ***empreitada por preço global***, é “por preço certo e total”, sob responsabilidade e risco do contratado, excetuado o desequilíbrio contratual de fatos e atos estranhos a ele (é a modalidade mais usual), os pagamentos são feitos parceladamente, nas datas contratualmente prefixadas, após cada medição do que foi executado em dado período de tempo; b) ***empreitada por preço unitário*** é a que se contrata “por preço certo de unidades determinadas”. Bandeira de Mello cita Meirelles, ao esclarecer que o preço é ajustado por unidades, como metros quadrados de muro levantado, como pisos distintos de um edifício, como metros cúbicos de concreto fundido, e o pagamento é devido após o recebimento de cada unidade pela Administração”; c) a ***empreitada integral*** é “o contrato do empreendimento em sua integralidade”, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação (2011, p. 712-713).

Nesses casos, deverá existir, obrigatoriamente o ***Projeto básico***:

conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação (...) e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (art. 6º, IX)

Subsequentemente, deve ser feito um ***Projeto Executivo***, que pode ser desenvolvido concomitantemente com a execução da obra, consistindo em:

conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes à Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (art. 6º, X).

Conforme o art. 7º, §2º, I, II e III da lei 8.666/1993, sem o projeto básico e o orçamento detalhado do custo global da obra e a previsão de recursos orçamentários não pode ser realizada a licitação para a obra.

O inciso XXI do art. 37 da Constituição federal determina que as ***obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública*** que assegure a igualdade de condições a todos os participantes. Assim, ***deve seguir as disposições da Lei 8.666/1993 – lei de licitações e contratos da Administração Pública***.

Conforme Odete Medauar, dentre os princípios a serem seguidos, temos o *princípio da legalidade* (observar as normas que regem as licitações); *da impessoalidade* (não interferência de fatores subjetivos na licitação); *da moralidade administrativa* (observar as normas sem desvio de finalidade); *da igualdade* (isonomia de tratamento aos licitantes, impedimento de fraude do caráter competitivo da licitação), com ressalvas, pois há tratamento favorecido a microempresas e empresas de pequeno porte, conforme a lei complementar 147/2014, que estabelece empate quando as propostas sejam iguais ou até 10% superiores a de melhor classificação; *da publicidade* (direito de acesso, divulgação dos editais, das decisões, etc.); *da probidade administrativa* (a lei 8.429/92 lista como improbidade administrativa condutas que frustrem a licitude do processo licitatório ou o dispensem indevidamente); *da vinculação ao instrumento convocatório* (o edital e a carta-convite contém as regras a serem seguidas no processo e no futuro contrato) e *do julgamento objetivo* (deve-se nortear pelos critérios estabelecidos no instrumento convocatório e as normas legais), dentre outros (2015, p. 220-225).

Além da **Lei 8.666/1993**, deve ser seguida a **Lei 12.462/2011** instituiu o **RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas** aplicável às licitações e contratos, inicialmente às obras necessárias para a realização da Copa de 2013, dos Jogos Olímpicos e paraolímpicos de 2016, dentre outros, mas foi estendida a outras situações como ações do Programa de Aceleração do crescimento - PAC (Lei 12.688/2012), licitações de obras e serviços de engenharia dos sistemas públicos de ensino (lei 12.722/2012), do Sistema Único de Saúde – SUS (lei 12.745/2012), dentre outros.

O RDC obedece à seguinte ordem: fase preparatória - publicação do edital, apresentação de propostas ou lances; julgamento das propostas; habilitação; fase recursal; encerramento. Na realização do RDC ocorre a inversão das fases, em comparação com as da Lei 8.66. Nesta, primeiro se promove a habilitação e depois a apresentação das propostas, no RDC, primeiro a apresentação das propostas e julgamento, depois a habilitação. Isso torna mais ágil o processo licitatório. Somente se exige a documentação de habilitação do licitante vencedor; os documentos fiscais podem ser apresentados em momento posterior. Esses são alguns diferenciais em relação à lei 8.666 (2015, p. 250-252).

O art. 69¹⁴⁷ prevê que quando ocorrerem vícios, defeitos ou incorreções na execução da obra ou nos materiais empregados, o contratado ficará obrigado a repará-los e corrigi-los, reconstruir ou substituir o que estiver em desacordo com o previsto, à suas expensas.

De acordo com o art. 70¹⁴⁸, o contratado é responsável pelos danos causados à Administração ou a terceiros, por sua culpa ou dolo, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado. Em relação à responsabilidade pelos encargos previdenciários, há a responsabilidade solidária da Administração, conforme o art. 71, §2º¹⁴⁹ da lei.

3.2.1 A responsabilidade civil do arquiteto servidor em relação à Administração Pública

Em toda a atuação profissional do arquiteto servidor público, seja ao projetar, ao fiscalizar as obras, realizar pareceres, etc., ele deve se pautar nas normas e princípios administrativos a que está sujeito enquanto servidor público. Caso não as observe, será responsabilizado administrativamente, sujeito a sanções administrativas, além das outras modalidades de responsabilidade, como a civil, devendo repará-los caso seja responsável por danos à Administração ou a terceiros, além da responsabilidade penal, caso cometa ato tipificado como crime ou contravenção.

Meirelles nos ensina que a *responsabilidade civil do servidor é a obrigação que lhe impõe de reparar o dano causado à Administração por culpa ou dolo no desempenho de suas funções*. Sua responsabilidade *é subjetiva* e nasce com o ato culposos e lesivo e se exaure

¹⁴⁷ Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

¹⁴⁸ Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

¹⁴⁹ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do [art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#). ([Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995](#))

com a indenização. Essa responsabilidade é independente das demais e é apurada na forma do Direito privado, perante a Justiça comum.

A Administração não pode isentar de responsabilidade seus servidores, porque não possui a disponibilidade sobre o patrimônio público. Continua Meirelles:

Muito ao contrário, é *seu dever zelar pela integridade* desse patrimônio, adotando todas as providências legais cabíveis para a reparação dos danos a ele causados, qualquer que seja o autor. Daí porque a parte final do §6º do art. 37 da CF impõe a responsabilização do agente causador do dano somente quando agir com culpa ou dolo, excluindo, portanto, a responsabilidade objetiva, que é unicamente da Administração perante a vítima (2010, p. 530).

As três responsabilidades (civil, administrativa e criminal) são independentes, podem ser apuradas em conjunto ou separadamente. Porém, a condenação criminal implica o reconhecimento automático das outras duas, porque o ilícito penal é mais que o ilícito administrativo e o civil. Meirelles assim afirma:

A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa e civil quando ficar decidida a inexistência do fato ou a não autoria imputada ao servidor, dada a independência das três jurisdições públicas. A absolvição na ação penal, por falta de provas ou ausência de dolo, não exclui a culpa administrativa e civil do servidor público, que pode, assim, ser punido administrativamente e responsabilizado civilmente (2010, p. 529-530).

Weida Zancaner Brunini, ao analisar a responsabilidade do Estado, afirma que a Constituição federal, em seu art. 107 (atual art. 37, §6º¹⁵⁰ da Constituição de 1988), acolhe as duas teorias, a objetiva nas relações entre o administrado e o Estado e a subjetiva entre o Estado e o seu funcionário, conforme se segue:

Límpida é a letra da lei, sem meandros, incisiva mesmo, a nosso ver. Não há que se falar ter a Constituição acolhido a teoria subjetiva, nem sequer pode-se dizer que a teoria objetiva seja a única abrigada pelo art. 107 da Constituição federal. **Há concomitância de teorias, as duas acolhidas pela letra da lei**, mas prepondera um divisor de águas: **a teoria objetiva tem seu lugar nas relações entre o administrado e o Estado, restando à teoria subjetiva os casos preceituados pelo art. 107, parágrafo único, que regula as relações Estado-funcionário** (1981, p. 61). (grifo nosso)

Assim, a doutrinadora, assim como Meirelles, afirma que a responsabilidade do agente público é subjetiva.

¹⁵⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Odete Medauar sustenta que o servidor que for responsabilizado civilmente deverá reparar o dano que, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, tiver causado à Administração. Esse dano poderá ser de conduta ou omissão que lese diretamente o patrimônio público, como perda ou deterioração de equipamentos; ou ainda danos a terceiros, a serem pagos pelos cofres públicos.

Para que o servidor possa ser obrigado a pagar o prejuízo, é necessário provar seu dolo (teve a intenção de lesar ou assumiu esse risco) *ou sua culpa* (imprudência, negligência ou imperícia). Para tanto, a Administração deve tomar as medidas legais cabíveis, ou seja, *efetuar a apuração administrativa através de sindicância* e, se for o caso, *de processo administrativo*.

Verificada a responsabilidade, a Administração poderá consultar o servidor para obter o pagamento por desconto em folha ou outra forma. Se o servidor não concordar, a Administração deve ingressar em juízo civil para obter o ressarcimento.

Se o *ressarcimento for devido por dano causado pelo agente à particulares*, em que a *Administração tenha pago indenização*, trata-se de **Ação regressiva**, como prevê o **art. 37, §6º da Constituição federal**.

A autora traz ainda a possibilidade de responsabilização civil por improbidade administrativa, conforme a Lei 8.249/1992, que acarreta ainda, consequências administrativas, e penais (MEDAUAR, 2015, p. 363).

A seguir, embora não seja nossa pretensão tratarmos de questões processuais, traremos brevemente a divergência doutrinária e jurisprudencial que se coloca em relação à solidariedade passiva entre o ente estatal e o agente público autor do fato danoso e da possibilidade de denúncia da lide ao servidor, no mesmo processo movido contra a Administração, pelo particular prejudicado.

Cahali, ao abordar os sujeitos passivos da ação de indenização proposta por particular lesado, afirma existir um litisconsórcio passivo facultativo, que deve ser analisado a partir do art. 37, §6º da Constituição. Existem assim, duas possibilidades:

- a) a *pretensão inicial* deduzida pelo prejudicado *funda-se na responsabilidade objetiva do Estado*, baseado na culpa anônima do serviço público, de falha administrativa ou de risco da atividade estatal; ou
- b) a *pretensão inicial* funda-se na *responsabilidade de procedimento* doloso ou culposo do *agente público individualizado* (CAHALI, 2007, p. 151).

O problema é saber se a entidade demandada, pretendendo não ser responsabilizada pelo serviço ou obra causador do dano, pode exigir a integração compulsória na lide, de outra entidade que considera responsável pelo mesmo.

Cahali afirma que, pelo pedido do autor não ter individualizado a culpa ou dolo do agente, *não ser cabível a denúncia da lide àquele*, ainda que o Estado se disponha ao reconhecimento e à prova de culpa individualizada ou dolo do mesmo dentro do próprio processo. A *ação original proposta* com fundamento exclusivo na responsabilidade objetiva do Estado, na culpa presumida ou na falha anônima da Administração, diante do *caráter inovatório da lide incidente* (baseada na responsabilidade subjetiva do servidor) *não guardaria qualquer conexão com o processo principal*, não podendo este sofrer gravame na sua regular tramitação. O autor alega que somente com o pagamento da indenização do prejudicado efetivamente realizado se legitima a pretensão regressiva contra o servidor culpado, para só então exercer a ação direta de regresso para o respectivo reembolso, conforme se segue:

E não se resolvendo a denúncia da lide na instauração de solidariedade passiva entre denunciante e denunciado, a “**potencialidade**” do direito de regresso só se transforma em “ato”, em condições de ser realmente exigível, a partir do momento em que a Administração faz o desembolso do valor da indenização devida ao prejudicado (CAHALI, 2007, p. 153).

Zancaner também defende que *a ação regressiva do Estado em relação ao funcionário deve ser feita em momento posterior, em ação autônoma*, pois se fosse feita a denúncia da lide na mesma ação, além de não ser cabível por se tratar de fundamento diferente, causaria maior demora na resolução ao administrado, ou seja, no recebimento de sua indenização (1981, p. 64).

Nesses termos, a posição de Zancaner e de Meirelles, é que o lesado deve acionar a Administração e não o funcionário. Sendo acionada, tem direito de regresso caso se individue a culpa do funcionário.

Nesse momento, *em relação à possibilidade da denúncia da lide pelo Estado* (pessoas jurídicas de direito público ou privadas prestadoras de serviço público) *em face do agente público por dano causado culposamente por este, em ações fundadas em responsabilidade civil* (art. 37, §6º, CF/88), *cumpramos destacamos quatro aspectos processuais*¹⁵¹: 1) a distinção técnica entre solidariedade passiva e subsidiariedade passiva,

¹⁵¹ Procuramos explicitar o que absorvemos da pesquisa que nosso avaliador prof. Márlcio Aguiar, trouxe em relação ao tema, na banca de avaliação da presente monografia (realizada em 05.12.2016).

denúnciação de lide e chamamento ao processo; 2) a obrigatoriedade ou possibilidade de denúnciação da lide ao funcionário; 3) a denúnciação da lide ao funcionário – fundamento jurídico novo; 4) a legitimidade do servidor público para ser demandado única e diretamente – a teoria da dupla garantia.

1. ***Distinção técnica entre solidariedade e subsidiariedade passiva, denúnciação de lide e chamamento ao processo.***

O primeiro ponto a destacar é a diferença existente entre as modalidades de intervenção de terceiros. No CPC/73 a denúnciação da lide era produtora de ***ação de garantia*** (a ação regressiva) de forma incidente no processo e de forma antecipada (ao lado da possibilidade de ***ação regressiva autônoma posterior***¹⁵²). O NCPC/15 também a reproduziu, mas dispõe mais enfaticamente que o *denunciado ingressa como litisconsorte* (facultativo) do denunciante¹⁵³. Acentua que o princípio da “celeridade processual” está por detrás das fundamentações do NCPC (até mais do que a “economia processual”). É tido como pacífico pela jurisprudência e nos manuais, através do RE 90.0701, DJU 26.09.1080, rel. Min. Cunha Peixoto¹⁵⁴, a existência de litisconsórcio facultativo (passivo) entre a Administração e seu agente; e também de solidariedade. No entanto, a questão é mais complexa.

Preliminarmente, uma distinção técnica entre os termos solidariedade x subsidiariedade, denúnciação da lide x chamamento ao processo. ***Solidariedade*** é razão de ***Chamamento ao processo***; ***Subsidiariedade***, de ***denúnciação da Lide***. A jurisprudência flexibiliza isto desde antes do CPC/73, mas a regra mais adequada cientificamente é esta: o chamamento ao processo tem por objetivo invocar para a lide aquele que é solidariamente responsável pelo prejuízo sofrido pela parte (especialmente

¹⁵² Art. 125. É admissível a **denúnciação da lide**, promovida por qualquer das partes: [...] II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

§ 1º O **direito regressivo será exercido por ação autônoma** quando a **denúnciação da lide for indeferida**, deixar de ser promovida ou não for permitida. (grifo nosso)

¹⁵³ Art. 127. Feita a denúnciação pelo autor, o **denunciado poderá assumir a posição de litisconsorte do denunciante** e acrescentar novos argumentos à petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu. (grifo nosso)

¹⁵⁴ Veja-se o voto do relator, Min. Roberto Barroso, no RE 593.525/DF, afirmando categoricamente que o Roberto Barroso, no RE 593.525/DF, afirmando categoricamente que o RE 90.0701 de 1980 já não representa a jurisprudência atual do STF. O voto será destacado a seguir, no tópico 4 deste tema, p. 117 desta monografia.

o art. 130, III¹⁵⁵ do NCPC); a denunciação da lide antecipa a ação regressiva (art. 125, II, § 1º). (AGUIAR, 2016, p.1-2)

O prof. Aguiar trouxe uma contribuição da História do Direito (Romano) para a questão. Base romanista x direito moderno:

Hoje, especialmente no NCPC/15, mas mesmo no CPC/73 a “denunciação da lide”, influenciados mais pelo componente “germânico” do que do “romano”, do sistema romano-germânico, implica manifestações de defesa judicial, verdadeira forma de “intervenção de terceiros” (mais facilmente visível no art. 70, III do CPC/73, a única forma de denunciação da lide *pelo autor*, mantida pelo art. 125, II do NCPC/15). Não era o caso entre os romanos. A *denuntiatio litis* do direito romano é exatamente uma “denunciação da lide” no seu sentido mais literal: ela *não implicava* na propositura de uma nova ação (de regresso= de garantia), mas, simplesmente numa oportunidade de *dar ciência ao denunciado* (por isso “denunciação”) da existência de uma controvérsia que, no futuro, poderia implicar em uma ação (de regresso) contra si. (2016, p.5)

2. A “**obrigatoriedade**” da **denunciação da lide**: a redação do CPC/1973 e do NCPC/2015 vem em socorro da tese contra o cabimento da denunciação da lide: antes, o que se dizia “obrigatório”, agora se diz “admissível”. Assim, no caso do Estado-denunciante contra o servidor público-denunciado, a questão é complexa.
3. **Fundamento jurídico novo: responsabilidade civil objetiva do Estado ou subjetiva do agente público**. Destaca-se a ameaça à celeridade processual e à reparação da vítima, uma vez que se discute duas ações no mesmo processo. Para a indenização do lesado em si, é irrelevante a discussão sobre a culpa do agente, pois a ação é contra a Administração, o que importa é que seja ressarcido ou reparado o dano sofrido o mais rapidamente possível. Feita a denunciação, o lesado é que suportará a maior demora, conforme se vê no julgado do STJ, relator Min. Teori Zavascki, de 2006:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. 1. “A **denunciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios**” (REsp 43367/SP, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.06.1996). 2. No caso, conforme assentado pelas instâncias ordinárias, **a denunciação da lide ao agente público causador do dano implicaria prejuízo à celeridade e à economia processual**, o que impede sua admissão. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 770.590 BA 2005/0125548-4, relator Min. Teori Albino Zavascki, Data de julgamento: 14.03.2006, Primeira Turma. Data de publicação: DJ 03.04.2006). (grifo nosso)

¹⁵⁵ Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu:

[...] III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.

Entendimento em sentido contrário, defendendo que a introdução de fato novo (responsabilidade subjetiva do agente) não impossibilitaria a denúncia da lide, conforme o julgado do STJ, relator Min. Demócrito Reinaldo, de 1999:

PROCESSUAL CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIREITO REGRESSIVO - ART. 70, III DO CPC - DENÚNCIAÇÃO DA LIDE DO AGENTE PÚBLICO - POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL.

1. O Estado responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Sua responsabilidade é objetiva, independe de dolo ou culpa. O agente público causador do dano, por sua vez, indeniza regressivamente a Administração Pública.

2. **Em virtude do direito de regresso existente entre o Estado e o funcionário de seus quadros, é admissível a denúncia da lide, com arrimo no art. 70, III do CPC, para que o servidor causador do dano integre a relação processual na condição de litisdenunciado.**

3. Recurso especial conhecido e provido. Decisão unânime. (REsp 156.289 SP, relator Min. Demócrito Reinaldo, Data de julgamento: 29.04.1999, Primeira Turma. Data de publicação: DJ 12.08.1999). (grifo nosso)

Cahali também traz que a jurisprudência vem admitindo a denúncia da lide, mesmo fundada a ação de responsabilidade objetiva do Estado, desde que alegado na contestação a conduta culposa do agente causador do dano, visando ao direito de regresso em juízo sucessivo de execução da lide secundária (CAHALI, 2007, p. 158). Lembramos que o art. 70, III do CPC/1973 corresponde ao atual art. 125, II¹⁵⁶ do novo CPC/2015. Cahali cita diversos julgados nesse sentido, dentre os quais o ocorrido no TRF-1ª Região, 3ª Turma, 09.12.1991 e conclui:

Tratando-se de ação de indenização fundada na responsabilidade civil do Estado, deve **ser deferida a denúncia da lide ao funcionário** que se pretende **ter agido com dolo ou culpa, com vistas ao direito de regresso; assegurado constitucionalmente o direito de regresso à entidade demandada**, é faculdade desta pedir a denúncia da lide ao servidor faltoso, eis que o art. 70, III do CPC abrange, sem exceção, todas as situações de ação regressiva, não havendo razão para excluir a situação dos funcionários ou servidores igualmente sujeitos à ação regressiva; a **ação regressiva, no nosso sistema jurídico, por questão de economia processual, pode ser feita *simultaneus* processos, e isto por via da denúncia da lide [...]**; não constitui óbice a decantada diversidade de causa na ação principal (responsabilidade objetiva decorrente do risco administrativo) e na ação secundária (pressuposto de dolo ou culpa do servidor), pois na lide que se instaura entre o denunciante e o denunciado apenas se pretende o exercício do direito de regresso, sem nenhuma interferência na esfera de ação do autor da demanda [...] **Mostra-se razoável assim, a jurisprudência que se vem consolidando no STJ no sentido da admissibilidade da denúncia da lide na ação de responsabilidade civil do Estado**, sob a invocação dos mais variados fundamentos (2007, p.159-160).

¹⁵⁶ Art. 125. É admissível a denúncia da lide, promovida por qualquer das partes:

[...] II – àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

§ 1º O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denúncia da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.

O questionamento abordado em nossa banca examinadora, foi a importância do *princípio da celeridade processual*, como *princípio basilar do NCPC/2015*, mais do que o *princípio da economia processual*. A denunciação viria na contramão dessa base do NCPC: mais do que uma ação garantidora regressiva, forma um litisconsórcio passivo (art. 128, I)¹⁵⁷, mesmo que o pedido da ação de denunciação seja analisado posteriormente e apartado pelo juiz apenas se o denunciante for vencido na ação principal (art. 129¹⁵⁸). A ação incidental que se inicia é de conhecimento e requer todo o aparato de instrução probatória, o que compromete a celeridade do resultado ao particular prejudicado. Corre-se o risco de tornar a denunciação da lide um ônus aos lesados e instrumento que, à pretexto de servir à economia processual, torna-se obstáculo à celeridade (AGUIAR, 2016, p. 2-3).

4. *A legitimidade do servidor público para ser demandado única e diretamente – a teoria da dupla garantia- divergência entre posições do STJ e o STF*

O que se discute na jurisprudência é se o privado pode optar e acionar apenas o servidor. Embora alguns doutrinadores se posicionem favoravelmente a esta tese (como Bandeira de Mello), o STF se posiciona no sentido de que é o Estado é que deve ser demandado. Acionar diretamente o servidor admite a possibilidade de represálias contra servidores públicos (como exemplo de um fiscal de tributos, sujeito a ações de todas as empresas que foram por ele fiscalizadas), mesmo que temerárias, ações deste tipo poderiam ensejar intimidação do servidor público e prejudicar a própria qualidade dos serviços públicos por ele prestados.

Nesse sentido, o STF fala em **dupla garantia**:

- 1) a *garantia do cidadão poder demandar contra o Estado*; e
- 2) a *garantia representada pela ação regressiva do Estado contra o agente público, não podendo este ser demandado diretamente*.

É possível ver aqui, inclusive a quebra do princípio da impessoalidade e total ilegitimidade passiva. O servidor público, mesmo com culpa, atuando como tal, não opera para si mesmo ou como um arquiteto profissional liberal: ele realiza atividade do Estado, o

¹⁵⁷ Art. 128. Feita a denunciação pelo réu:

I - se o denunciado contestar o pedido formulado pelo autor, o processo prosseguirá tendo, na ação principal, em litisconsórcio, denunciante e denunciado;

¹⁵⁸ Art. 129. Se o denunciante for vencido na ação principal, o juiz passará ao julgamento da denunciação da lide.

causador do dano. Importa destacar que, se o cidadão privado pudesse acionar unicamente o servidor público, este não dispõe de ação regressiva posterior (afinal, condenado foi em responsabilidade subjetiva, não objetiva, a questão jurídica se exaure nele mesmo). Em relação à posição de Bandeira de Mello, que enxerga nessa posição uma possível complacência para com o servidor público, pois na prática, este raramente é demandado em ações regressivas pelo Estado, assim sendo, a proibição de ser demandado diretamente pelo cidadão como uma forma de blindá-lo, parece que, de fato, a possibilidade de denúncia da lide pelo autor traria uma situação perigosa para a atuação dos servidores públicos (AGUIAR, 2016, p. 3).

Sendo proposta a ação apenas contra o funcionário, na hipótese b) de Cahali (p. 108 desta monografia) , citando O. A. Bandeira de Mello, quando admite que, se fundada a ação em culpa ou dolo do agente público, o particular poderá propor a ação “mesmo só contra o agente público” (2007, p. 151). No julgado do STF, 2ª turma, de 22.03.1983, RTJ 106/1.182 o relator, Min. Moreira Alves afirmou:

[...] a **reponsabilidade objetiva do Estado pelos prejuízos causados por seus agentes não afasta o direito que tem o prejudicado de postular a necessária reparação diretamente do funcionário que causou o dano, ou, então, do seu superior que se mostrou omissor ao cumprir o dever de vigiá-lo, concorrendo, assim, culposamente, para o fato danoso.** Essa fundamentação foi reafirmada, em 18.06.1980, pelo Plenário deste Tribunal, ao julgar o RE 90.071 (RT 544/260), onde se decidiu que o art. 107 da Constituição [Constituição Federal de 1967 com redação dada pela EC 1/1969] visa a proteção do lesado.
 [...] **Há, pois, uma única dívida e duas responsabilidades: a da Administração perante o lesado, baseada no risco administrativo, e a do autor do dano, com fundamento na teoria da culpa.** Quem deve ao lesado, em princípio, é aquela; mas este também é responsável pela dívida, desde que tenha agido com culpa ou dolo (CAHALI, 2007, p. 169-170). (grifo nosso)

A *divergência* está em que *o STF não aceita nem a demanda diretamente contra o agente público, nem o litisconsórcio passivo entre o Estado e o agente (inclusive, portanto, a denúncia da lide pelo Estado)*, conforme o julgado a seguir:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do

servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 327.904/SP. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Data do julgamento: 15.08.2006. Primeira Turma. Data da publicação: DJ 08.09.2006). (apud AGUIAR, 2016, p. 3-4)

Esse entendimento foi reafirmado pelo Min. Roberto Barroso no RE 593.525/DF (julgado em 09.08.2016, pela Primeira Turma). Segue trecho do voto do Min. Barroso:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. AGENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*.

VOTO:

[...] 2. Não merece prosperar o argumento da parte recorrente no sentido de não ser pacífica a jurisprudência desta Corte referente à discussão em debate. **O precedente citado na petição recursal (RE 90071/SC, Rel. Min. Cunha Peixoto) não reflete a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Esta Corte, ao julgar o RE 327.904, Rel. Min. Ayres Britto, pacificou sua jurisprudência no sentido de que o art. 37, § 6º, da Constituição autoriza a proposição de que **somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros.** Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns.

3. Desse modo, nos termos do voto do Ministro Ayres Britto, **a Constituição consagrou uma dupla garantia: uma, em favor do particular, que pode processar imediatamente o Poder Público por danos decorrentes de atos ou omissões que seus agentes públicos causarem; e, outra, em favor do próprio agente público, que responderá somente perante a pessoa jurídica estatal a qual esteja vinculada.** Esse entendimento é consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal em diversos julgados. (RE 593.525/DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Data do julgamento: 09.08.2016. Primeira Turma. Data da publicação: DJ 10.10.2016). (apud AGUIAR, 2016, p. 4)

A seguir, a **posição do STJ**, constatando a controvérsia, pois este defende *ser opção do lesado a escolha entre demandar diretamente ao estado ou ao servidor*, no REsp 1.325.862/PR, relator Min. Luis Felipe Salomão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. **CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.**

1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do dizer, a Constituição, nesse particular, **simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo**; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. **Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos**, o qual, aliás, **se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.**

2. Assim, **há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar.** A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado **deve ser decisão do suposto lesado.** Se, por um lado, **o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios.** Doutrina e precedentes do STF e do STJ.

[...] 4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do *Duty to mitigate the loss*, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.

5. Recurso especial não provido. (REsp 1.325.862/PR, Relator Min. Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 05.09.2013. Quarta Turma. Data da publicação: 10.12.2013). grifo nosso (apud AGUIAR, 2016, p. 4-5)

Assim, relatada a controvérsia na doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de proposição de ação diretamente contra o Estado ou ao servidor em caso de conduta culposa, firmada no sentido de não ser aceita a denúncia da lide ao servidor (STF, 2016), passaremos a estudar brevemente os tipos de sanções a que está sujeito o servidor público quando constatado dano e a responsabilidade do profissional. Abordaremos as sanções civis e administrativas (não trataremos das sanções ético-profissionais). Caso seja constatado ainda o cometimento de crime de improbidade administrativa, por exemplo, tais condutas acarretam consequências administrativas, civis e penais, estas, porém, não serão objeto de nosso estudo.

3.3 SANÇÕES CIVIS E ADMINISTRATIVAS

3.3.1 Sanções administrativas

Conforme Di Pietro, o servidor responde administrativamente pelos ilícitos administrativos definidos pela legislação estatutária, que possuem os mesmos elementos básicos do ilícito civil, ou seja, ação ou omissão contrária à lei, culpa ou dolo, e a existência de dano.

A *infração é apurada pela própria Administração*, instaurando *procedimento administrativo específico*, assegurando ao servidor, o contraditório e ampla defesa, nos

termos do art. 5º, LV da Constituição federal. Os meios de apuração são sumários compreendendo sindicância e processo administrativo disciplinar. Comprovada a infração, o servidor fica sujeito a penas disciplinares.

As penas previstas pela **lei 8.112/1990**, aos servidores públicos federais, estão elencadas no art. 127¹⁵⁹: advertência, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria. Nos artigos seguintes, art. 129 a 132¹⁶⁰ apresenta as hipóteses de cabimento.

Di Pietro afirma que a maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei a falar em falta de cumprimento de deveres, insubordinação grave, procedimento irregular, etc., com poucas infrações definidas como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções. Conclui que a Administração dispõe de certa margem de apreciação no enquadramento da falta, o que não significa possibilidade de decisão arbitrária, pois é discricionariedade limitada pelos critérios previstos em lei que exige a motivação da penalidade, para demonstrar a adequação entre a infração e a pena e impedir arbítrio da Administração. A motivação consta no relatório da Comissão que realizou o processo administrativo ou em pareceres prévios à decisão, proferidos por órgãos jurídicos aos quais se remete a autoridade julgadora. Caso ela não acate as manifestações anteriores, deverá motivar expressamente a sua decisão (DI PIETRO, 2011, p. 612-613).

¹⁵⁹ Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada.

¹⁶⁰ Art. 129. A **advertência** será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. ([Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97](#))

Art. 130. A **suspensão** será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

[...] Art. 132. A **demissão** será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117. (*grifo nosso*)

3.3.2 Sanções civis

Meirelles afirma que *é essencial para a responsabilização civil do servidor, que o ato culposo por ele cometido cause dano patrimonial à Administração*. Sem este, não há fundamento para a responsabilização civil, pois esta visa, unicamente, à reparação pecuniária.

A comprovação do dano e da culpa do servidor é feita normalmente através de *processo administrativo*. Terminado este, a autoridade competente impõe ao servidor a obrigação de reparar o dano, através de indenização em dinheiro, indicando a forma de pagamento. Segue o autor:

Os estatutos costumam exigir a reposição de uma só vez quando o prejuízo decorrer de alcance, desfalque, remissão ou omissão de recolhimento ou entrada no prazo devido, admitindo para os demais casos o desconto em folha em bases módicas, geralmente não mais de dez por cento do vencimento do responsável (2010, p. 531).

Meirelles, assim como Odete Medauar, afirmam que verificada a responsabilidade, é necessária a concordância do servidor. Meirelles segue afirmando que isso se justifica porque a Administração não pode lançar mão dos bens de seus servidores, nem gravar unilateralmente seus vencimentos para ressarcir-se de eventuais prejuízos. Sem essa concordância, a Administração deve ingressar em juízo civil propondo ação de indenização contra o servidor, ou executando a sentença condenatória do juízo criminal, ou a certidão de dívida ativa (no caso de alcances e reposições de recebimentos indevidos)¹⁶¹.

Di Pietro alerta da necessidade de distinguir as duas diferentes possibilidades, quando *o dano é causado ao Estado* ou quando *é causado a terceiros*.

¹⁶¹ a) reposição: devolução feita ao erário pelo servidor público de determinado *quantum*, em razão de recebimento indevido (normalmente de remuneração ou proventos) ou de indenização indevida (art. 45, parágrafo único, e art. 46, da Lei n. 8.112/90);

b) indenização: reparação do dano causado pelo servidor público ao erário no exercício de suas funções (art. 46, da Lei n. 8.112/90);

c) alcance: diferença para menos apurada em um processo de tomada de contas entre os valores confiados a um funcionário público, ante o cargo por ele ocupado ou função pública por ele desempenhada, perante a Administração, em virtude de ter havido sua sonegação, extravio ou desvio (REsp Nº 1.350.804 – PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques (2012/0185253-1) DJe 28/06/2013).

No caso de *dano ao Estado*, a *responsabilidade do servidor é apurada pela própria Administração em processo administrativo*, com garantia de ampla defesa do servidor, conforme preceitua o art. 5º, LV¹⁶² da Constituição federal.

A autora segue afirmando que as leis estatutárias em geral estabelecem procedimentos autoexecutórios (não dependentes de autorização judicial), pelos quais a Administração desconta dos vencimentos do servidor a importância necessária ao ressarcimento dos prejuízos, respeitado o limite mensal fixado em lei, com vistas à preservação do caráter alimentar da remuneração (2011, p. 611).

Caso o arquiteto servidor seja *funcionário público federal* da União, de autarquia ou de fundação pública federal, *regido pela lei 8.112/1990*, por exemplo, o estatuto preceitua em seu art. 122, § 1º que a indenização decorrente de dano ao Erário será feita conforme o art. 46 (desconto parcelado de dez por cento da remuneração); o § 2º prevê o caso de danos a terceiros, respondendo perante a Fazenda Pública, em ação regressiva¹⁶³.

Di Pietro traz que o desconto dos vencimentos, desde que previsto em lei é válido e independente do consentimento do servidor, inserindo-se na hipótese da autoexecutoriedade dos atos administrativos. Porém, esse desconto pode ser contestado judicialmente pelo interessado, através de medida cautelar que suste a decisão administrativa ou a título de indenização, caso já tenha sido descontado os valores. O STF, analisando o art. 46 da Lei 8.112/1990, se posicionou no sentido contrário ao desconto no MS 24182/DF, tendo como relator o Min. Maurício Corrêa, julgado em 12.2.2004¹⁶⁴.

¹⁶² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁶³ Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001](#))

¹⁶⁴ 5. A Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à

Quando o servidor é contratado pela legislação trabalhista, o art. 462, §1º¹⁶⁵ da CLT só permite desconto com a concordância do empregado ou em caso de dolo (2011, p. 611).

Quando se *tratar de danos causados a terceiros*, aplica-se a norma **do art. 37, §6º da Constituição federal**, pelo qual o Estado responde objetivamente perante os terceiros prejudicados, mas possui direito de regresso contra o servidor que causou o dano, desde que este tenha agido com culpa ou dolo.

3.3.3 Sanções civis e administrativas por improbidade administrativa

Conforme os arts. 9º a 11 da **Lei 8.249/1992**, a chamada **Lei de improbidade administrativa**, todo aquele que estiver exercendo, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função em qualquer órgão, ente ou poder estatal, exercer as condutas previstas nesses artigos, incorre em crime de improbidade administrativa e sujeita-se às penalidades previstas nos art. 12 da mesma lei.

O **art. 9º**¹⁶⁶ da lei elenca as condutas caracterizadas como **enriquecimento ilícito**, que consiste basicamente *auferir vantagem patrimonial para si ou para outrem em virtude do*

Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa. 7. O art. 46 da Lei no. 8.112, de 1990, dispõe que o desconto em folha de pagamento é forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado. 8. Mandado de segurança deferido.

¹⁶⁵ Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado. ([Parágrafo único renumerado pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967](#))

¹⁶⁶ Art. 9º Constitui ato de **improbidade administrativa** importando **enriquecimento ilícito** auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

[...] VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida,

cargo ou função. Relacionados à obras públicas, temos algumas condutas como receber gratificação ou comissão para facilitar algum tipo de contratação com a Administração Pública, utilizar equipamentos públicos em benefício particular, fazer medições ou avaliações falsas em obras, aceitar ou exercer atividade de consultoria para pessoa física ou jurídica que tenha interesse atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade, intermediar liberação de verba pública, omitir ato a que esteja obrigado, etc.

O art10¹⁶⁷ da Lei elenca as **condutas que causam lesão ao erário, qualquer conduta que cause perda patrimonial à entidade estatal a qual está ligado.** Consideramos que sejam

qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.(grifo nosso)

¹⁶⁷ Art. 10. Constitui **ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário** qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

[...] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

[...] XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

relacionadas à obras públicas, dentre outras: facilitar o uso ou alienação de bens ou verbas públicas por particulares; fazer doações de bens sem as formalidades legais; frustrar a licitude de processo licitatório com entidades sem fins lucrativos ou dispensá-lo indevidamente; ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei; liberar verba pública sem a observância das normas; facilitar ou permitir enriquecimento ilícito de terceiros; permitir que se utilize, em obra particular, veículos, equipamentos ou de propriedade ou à disposição de qualquer da entidade pública; agir negligentemente na fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

Já o **art. 11**¹⁶⁸ da Lei de improbidade Administrativa lista condutas **que vão de encontro aos princípios da Administração Pública**. Condutas como retardar ou deixar de praticar atos de ofício; deixar de prestar contas quando obrigado a fazê-lo; revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de serviço; descumprir as normas de celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; *deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação* (inciso XI). Este último item, que foi **incluído pela Lei 13.146/2015**, refere-se especificamente aos arquitetos e engenheiros, em sua atuação cotidiana, pois as edificações e obras públicas tem o dever de adequar-se à acessibilidade desde a data de 2004, quando

[...] XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (grifo nosso).

¹⁶⁸ Art. 11. Constitui **ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública** qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (grifo nosso)

entrou em vigência a *NBR 9050/2004 - Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos*.

Qualquer das condutas listadas nos artigos 9 a 11 da lei de improbidade administrativa acarretam consequências administrativas, civis e penais.

O **art. 12**¹⁶⁹ lista algumas **sanções** a que está sujeito o servidor que cometer tais condutas, independente das sanções penais, civis e administrativas. Dentre elas, destacamos a ***perda de bens ou valores adquiridos ilicitamente*** para o ressarcimento integral do dano; o ***pagamento de multa; perda da função pública; proibição de contratar com a Administração Pública; perda de benefícios fiscais ou creditícios por determinado prazo***.

Di Pietro traz que no caso de cometimento de crime que resulte prejuízo para a Fazenda Pública ou enriquecimento ilícito do servidor, ele ficará sujeito a sequestro e perdimento de bens, mas apenas com a intervenção do poder Judiciário, conforme os arts. 16 a 18¹⁷⁰ da Lei n. 8.429/1992 – a Lei de improbidade administrativa, que disciplina o art. 37, §4º da Constituição federal (2011, p. 612).

Conforme os arts. 16, §1º, 17 e 18, a sentença procedente da ação de reparação de dano ou que decretar a perda dos bens havidos ilegalmente, determinará o pagamento do dano ou a reversão dos bens em favor da Administração (MEDAUAR, 2015, p. 362-363).

As sanções penais decorrentes de conduta caracterizada como improbidade administrativa não serão objeto deste estudo.

¹⁶⁹ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o **responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações**, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [\(Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009\)](#).

I - **na hipótese do art. 9º**, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - **na hipótese do art. 10**, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - **na hipótese do art. 11**, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (grifo nosso)

¹⁷⁰ Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto na presente monografia, buscamos compreender as especificidades da responsabilidade civil do arquiteto servidor público, decorrente de evento danoso em obra pública.

No primeiro capítulo abordamos a regulamentação da atividade do arquiteto e o estudo dos parâmetros legais que regem sua atividade profissional. Para isso, tratamos das normas técnicas e as normas legais que regem o direito de construir. As normas técnicas da construção civil são prescrições científicas de materiais e métodos de trabalho que visam ao aperfeiçoamento da construção, estabelecidos em sua maioria, pela ABNT.

As normas legais, expressas pela legislação e regulamentos, dividem-se em normas civis (restrições de vizinhança) e normas administrativas (limitações administrativas). As restrições de vizinhança regulam o direito de construir considerando as relações de vizinhança (como os limites e tapumes entre os prédios vizinhos, a proibição de abrir janela ou terraço a menos de metro e meio da divisa, dentre outras). As limitações administrativas buscam proteger os interesses da coletividade, condicionando o direito de construir e o uso da propriedade à sua função social. Estas dividem-se entre limitações urbanísticas, e limitações de higiene e segurança públicas. As limitações urbanísticas são estabelecidas pelo Plano Diretor, pela regulamentação edilícia do Código Civil, dentre outras. As limitações de higiene e segurança públicas visam assegurar a preservação da saúde e incolumidade física das pessoas, sujeitando as construções à legislação sanitária, além dos preceitos trabalhistas, com regulamentação concorrente às três entidades estatais.

No segundo capítulo nos dedicamos ao estudo da responsabilidade civil do Estado, seu conceito, além dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado: que o ato seja praticado por agente público; que este ato cause dano específico e anormal; e que haja nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano.

Ao tratar das pessoas jurídicas responsáveis pelo serviço público, a doutrina entende que a responsabilidade objetiva do §6º do art. 37 cabe aos agentes estatais, quando a Administração executa diretamente os serviços, como também às empresas concessionárias, permissionárias que respondem em nome próprio, com seu patrimônio pelos danos que vierem a dar causa.

Passamos a estudar as condutas comissivas que ensejam a responsabilidade civil estatal que, além da execução de obras públicas propriamente ditas, destacamos as relacionadas ao controle da construção, que se dá através dos regulamentos urbanísticos como Plano diretor, além dos regulamentos edilícios estabelecidos no Código de Obras e na legislação complementar municipal, dentre outros. Há ainda a possibilidade de embargo da construção licenciada e a demolição compulsória de construção clandestina. O controle ambiental é prévio, através de EIA – Estudo de impacto ambiental nas obras potencialmente poluidoras.

As condutas omissivas também ensejam responsabilidade estatal. Diferencia-se a omissão específica, que enseja a responsabilidade objetiva estatal, da genérica, que enseja a subjetiva. A omissão específica ocorre quando o dano provém diretamente da omissão do Poder Público; a omissão genérica gera responsabilidade subjetiva, pois não é causa direta e imediata do dano, mas concorre para ele, juntamente com força maior, fato de terceiro ou da própria vítima. É necessário verificar se o Estado está obrigado a agir por dever específico (conduta exigível) para configurar a omissão específica e a responsabilidade objetiva; caso esteja apenas obrigado a evitar o resultado, haverá responsabilidade subjetiva.

Em seguida, tratamos das excludentes e atenuantes da responsabilidade estatal que, para sua análise, exige-se o exame das causas do dano injusto. Exclui-se a responsabilidade quando houver o rompimento do nexo de causalidade; as atenuantes quando houver concausas.

No terceiro capítulo nos tratamos inicialmente da responsabilidade civil na construção em geral, como a responsabilidade pela perfeição da obra, pela solidez e segurança e por danos a vizinhos e a terceiros. Na responsabilidade pela perfeição da obra, ocorrendo vícios aparentes, o proprietário pode rejeitar a obra ou a receber com abatimento de preço. Ocorrendo vícios ocultos, pode desfazer o negócio ou solicitar abatimento de preço em até 1 ano da entrega ou quando tiver ciência.

Seguiu-se à interpretação do art. 618 do Código Civil, considerado prazo de garantia de 5 anos, em que ocorrendo dano o construtor tem responsabilidade objetiva de repará-los ; o parágrafo único prevê prazo decadencial de 6 meses para a propor ação judicial por cada defeito verificado dentro desse prazo de garantia. Após a garantia, é necessária a prova da culpa do construtor, que o dano decorre de falha construtiva.

Já em relação à responsabilidade pela segurança e solidez da obra, a jurisprudência firmou-se no sentido de incluir também outros vícios ocultos que não causem a ruína da construção, mas que comprometam a saúde e segurança dos moradores. O proprietário poderá aplicar a norma que for mais conveniente, o Código Civil ou o consumerista.

Tratando-se de danos causados aos vizinhos, o proprietário é responsável solidário com o construtor por auferir proveito da construção. Há uma cadeia de responsabilidades, iniciando com o autor do projeto, o construtor, o dono, o fiscal, o incorporador. Em relação aos danos a terceiros, como queda de objetos em transeunte, a responsabilidade é do construtor, e subsidiária do proprietário. Pela responsabilidade por obra clandestina responde o proprietário e solidariza o construtor, por participar da atividade ilícita.

Na sequência do estudo, foram analisadas algumas especificidades da responsabilidade do servidor público, dentre eles, o arquiteto. Este deve seguir, em sua atuação cotidiana, além das normas gerais que regem a construção, os princípios e normas administrativas que regem a Administração Pública, como o princípio da legalidade, da motivação das decisões, da supremacia do interesse público, dentre outros. Como atua em obras públicas, na concepção direta de projetos ou execução; ou em sua fiscalização quando a Administração contratada empresa privada por empreitada, deve seguir normas específicas como a Lei 8.666/1993, que rege as licitações e contratos e mais recentemente, a lei 12.462/2011, que rege as RDCs – Regime Diferenciado de Contratações públicas.

Sua atuação pode gerar danos à Administração Pública ou a terceiros. Segundo o §6º do art. 37 da Constituição federal, a responsabilidade do servidor público em relação à Administração é subjetiva, respondendo pelos danos que causar a terceiros, em ação regressiva.

Abordamos a controvérsia doutrinária e jurisprudencial no caso de o prejudicado demandar unicamente a Administração (em ação baseada na responsabilidade objetiva ou pela falta do serviço), da possibilidade de denúncia da lide ao servidor, em caso de conduta culposa deste. O STJ defende ser possível a denúncia baseado no princípio de economia processual. Já o STF, firmou sua posição no sentido de não ser aceita a denúncia da lide, baseado na dupla garantia (a garantia do cidadão de poder demandar contra o Estado; e a garantia representada pela ação regressiva do estado contra o agente público, não podendo este ser demandado diretamente), além de a denúncia da lide não importar em celeridade processual, ao contrário, para o lesado, ocorre retardamento do processo e de seu resultado, o ressarcimento.

Finalizando o estudo, abordou-se brevemente as sanções civis e administrativas quando da verificação da responsabilidade do servidor. As sanções administrativas estão elencadas na legislação estatutária a que está submetido o servidor, como a lei 8.112/1990, se servidor público federal. As sanções civis visam à reparação pecuniária, que pode ser mediante desconto no salário, desde que haja concordância do servidor em valores razoáveis que se preserve o caráter alimentar da remuneração. No caso de cometimento de ato de improbidade administrativa, considerado crime, enseja concomitantemente ainda sanções civis e administrativas. A lei 8.249/1992 traz as condutas e as penalidades. Dentre essas, classificam-se as que resultam de enriquecimento ilícito do servidor, condutas que causam prejuízo ao erário e as que são contrárias aos princípios da Administração Pública, cada qual com suas peculiaridades.

A hipótese inicial era que o arquiteto servidor público possui responsabilidade subjetiva em relação a eventuais danos decorrentes de sua atividade (responde por culpa – imprudência, negligência ou imperícia-, ou dolo). Já o órgão da Administração Pública ao qual é vinculado, responde objetivamente por qualquer dano a terceiros (baseado no risco da atividade administrativa). Assim, ocorrido evento danoso decorrente de obra pública na qual tenha participado, a entidade deve indenizar a vítima e, após investigação da ocorrência de culpa (negligência, imprudência ou imperícia) por parte do servidor, propor eventual ação regressiva.

Através da pesquisa, a hipótese foi confirmada, e descobrimos ainda controvérsia doutrinária e jurisprudencial no caso de o prejudicado demandar unicamente a Administração (e possibilidade de denúncia da lide).

Certamente a análise que fizemos acerca da responsabilidade civil do arquiteto servidor público foi limitada, pois não analisamos muitos dos estudos e autores que tratam do tema responsabilidade civil. Apesar disso, acreditamos que a presente pesquisa possa acrescentar no conhecimento da responsabilidade civil aos profissionais arquitetos, de outros servidores públicos, além servir como um início de estudo aos juristas interessados no tema, que pode ser aprofundado.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6.023**: informação e documentação. Referências. Elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 14.724**: informação e documentação. Trabalhos acadêmicos. Apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

AGUIAR, Márlcio. **Notas de pesquisa doutrinária e jurisprudencial** realizada para a avaliação da Monografia “A responsabilidade civil do arquiteto servidor público decorrente de evento danoso em obra pública”. UFSC, CCJ. 05 dez. 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. Ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19 ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 36. ed. atual. Até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 10ª ed. atualizada por Adilson Abreu Dallari et. Al. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PELACANI, Valmir Luiz. **Responsabilidade na construção civil**. Cadernos do CREA-PR, n.7. Curitiba: CREA-PR, 2010.

PINHEIRO, Denise. Dissertação de mestrado do Curso de Pós-graduação em Direito: **Análise teórica acerca da responsabilidade civil do Estado no âmbito da Administração pública direta e indireta**. UFSC, maio de 2003. Orientador: prof. Dr. Volnei Ivo Carlin, 195 p.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. Tomo I. 9ª ed. atual., e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ZANCANER BRUNINI, Weida. **Da responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

Legislação:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 06 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 2002, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Senado. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.378, de 31 de dezembro de 2010**. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12378.htm. Acesso em: 16 jul.2016.

BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Brasília, DF: Senado Federal, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília, DF: Senado Federal, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 07 ago. 2016.

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Brasília, DF: Senado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 10 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF: Senado Federal, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 07Set. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07nov. 2016.

BRASIL. **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 07nov. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, DF: Senado Federal, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07nov. 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.249, de 2 de junho de 1992**. Brasília, DF: Senado Federal, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em: 07nov. 2016.

Jurisprudência

TJSC. **Apelação Cível n. 2013.037720-0**, de Imbituba. Relator: Des. Carlos Adilson Silva. Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público. Data: 05/06/2015.

TJSC. **Apelação Cível n. 2012.086125-4**, de Tangará. Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto. Órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Público. Data: 18/08/ 2015.

TJRS. **Apelação Cível Nº 70049489545**, Caxias do Sul. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Órgão julgador: Nona Câmara Cível. Data: 12/12/2012.

TJSC. **Apelação Cível n. 0002635-79.2006.8.24.0072**, Tijucas. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Civil. Data: 30.06.2016.

TJSC. **Apelação Cível n.0014889-13.2011.8.24.0039**, Lages. Relator: Des. Jorge Luis Costa Beber. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Civil. Data: 06.10.2016.

TJSC. **Apelação Cível n. 0001035-2009.8.24.0034**, Itapiranga. Relator: Des. Carlos Adilson Silva. Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público. Data: 25/10/2016.

STJ. **REsp 770.590/BA** 2005/0125548-4. Relator Min. Teori Albino Zavascki. Data de julgamento: 14.03.2006, Primeira Turma. Data de publicação: DJ 03.04.2006.

STJ. **REsp 156.289/SP**. Relator Min. Demócrito Reinaldo. Data de julgamento: 29.04.1999, Primeira Turma. Data de publicação: DJ 12.08.1999.

STJ. **REsp 1.325.862/PR**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 05.09.2013, Quarta Turma. Data da publicação: 10.12.2013.

STF. **RE 327.904/SP**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Data do julgamento: 15.08.2006. Primeira Turma. Data da publicação: DJ 08.09.2006.

STF. **RE 593.525/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso. Data do julgamento: 09.08.2016, Primeira Turma. Data da publicação: DJ 10.10.2016.